



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE
“CESARE BECCARIA”
XXIX CICLO

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA
ATTIVITÀ POLITICA E CORRUZIONE: UN’INDAGINE SULLA
NECESSITÀ DI UNO STATUTO PENALE DIFFERENZIATO
(DIRITTO PENALE – IUS/17)

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Claudio LUZZATI

Tutor:

Chiar.mo Prof. Gian Luigi GATTA

Candidata:

Maria Chiara UBIALI

Anno Accademico
2015/2016

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO I

IL PROBLEMATICO INQUADRAMENTO DEI “POLITICI” NELLA MACRO-CATEGORIA DEI PUBBLICI UFFICIALI *EX ART. 357 COD. PEN.*

| | |
|---|----|
| 1. Introduzione e ipotesi di lavoro: la distinzione dei “politici” dalla categoria dei pubblici ufficiali. | 1 |
| 2. Il concetto di “pubblico ufficiale” nell’art. 357 c.p. | 4 |
| 2.1. La possibile distinzione dei soggetti che esercitano la “funzione legislativa” dalla macro-categoria dei pubblici ufficiali. | 6 |
| 2.2. La possibile distinzione di (alcuni) soggetti pubblici che svolgono la “funzione amministrativa” dalla macro-categoria dei pubblici ufficiali. | 10 |
| 2.2.1. La distinzione tra indirizzo politico e amministrazione nelle leggi che definiscono la struttura organizzativa della p.a. | 12 |
| 2.2.2. Il concetto di ‘atto politico’ a livello statale nella elaborazione della dottrina. | 18 |
| 2.2.3. (<i>Segue</i>). L’atto politico nella casistica giurisprudenziale. | 19 |
| 2.2.4. I c.d. atti di alta amministrazione. | 21 |
| 2.2.5. Indirizzo politico e atto politico a livello locale nella elaborazione della dottrina e nella casistica giurisprudenziale. | 24 |
| 3. Una prima conclusione “intermedia”: quali soggetti è possibile distinguere dal novero dei “pubblici ufficiali” <i>ex art. 357 c.p.</i> ? | 30 |
| 4. Una feconda prospettiva comparatistica: la sistematica delle qualifiche soggettive nel codice penale tedesco. Il dualismo tra il concetto di pubblico ufficiale (<i>Amtsträger</i>) e quello di “eletto” (<i>Mandatsträger</i>) | 32 |

CAPITOLO II

CORRUZIONE “PER L’ESERCIZIO DELLA FUNZIONE” E ATTIVITÀ POLITICA (ART. 318 COD. PEN.)

| | |
|---|----|
| 1. Introduzione ed ipotesi di lavoro: le difficoltà di applicazione delle norme incriminatrici della corruzione nei confronti dei “politici” | 40 |
| 2. Uno sguardo alle fattispecie incriminatrici di corruzione previste nel codice penale tedesco..... | 46 |
| 2.1. I reati di corruzione dei pubblici ufficiali: in particolare i paragrafi § 331 (<i>Vorteilsannahme</i>) e 333 (<i>Vorteilsgewährung</i>) StGB | 47 |
| 2.2. (<i>Segue</i>): Il reato di corruzione attiva e passiva dell’eletto: il § 108e StGB (<i>Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern</i>) | 51 |
| 3. I tentativi della dottrina tedesca di delimitare il campo di applicazione dei reati di accettazione (<i>Vorteilsannahme</i> , § 331 StGB) e concessione di vantaggi (<i>Vorteilsgewährung</i> , § 333 StGB)..... | 52 |
| 3.1. La giurisprudenza del <i>Bundesgerichtshof</i> in materia di finanziamento privato della ricerca scientifica (<i>Drittmittelforschung</i>)..... | 57 |
| 4. L’applicazione giurisprudenziale dei reati di accettazione (<i>Vorteilsannahme</i> , § 331 StGB) e concessione di vantaggi (<i>Vorteilsgewährung</i> , § 333 StGB) nell’ambito del finanziamento della politica..... | 60 |
| 4.1. Un’ulteriore sentenza del <i>Bundesgerichtshof</i> sulla delimitazione dei confini dei §§ 331 e 333 StGB: la presenza di un accordo illecito è una questione da accertarsi in fatto | 67 |
| 5. Le ragioni della problematica riferibilità nei confronti dei “politici” dell’art. 318 cod. pen..... | 70 |
| 5.1. Il reato di illecito finanziamento ai partiti politici, i confini del finanziamento privato lecito e il sistema di incentivi alla contribuzione privata introdotto dal d.l. n. 149 del 2013 | 73 |
| 5.2. (<i>Segue</i>) La conseguente problematicità della corruzione funzionale in “ambito politico” | 79 |
| 6. Alcune conclusioni “intermedie”: la necessità di ritornare alla corruzione per un atto d’ufficio con riferimento ai “politici” | 81 |

CAPITOLO III

ATTIVITÀ POLITICA E CORRUZIONE PER ATTO CONTRARIO AI “DOVERI D’UFFICIO” (ART. 319 COD. PEN.): UN PROBLEMatico BINOMIO

| | |
|--|-----|
| 1. Introduzione ed ipotesi di lavoro: l’eventuale impossibilità della <i>corruzione propria</i> per alcune categorie di soggetti | 85 |
| 2. Il concetto di “atto contrario ai doveri di ufficio” nella fattispecie di <i>corruzione propria</i> | 86 |
| 2.1. In particolare, gli atti discrezionali | 89 |
| 3. Difficoltà di applicazione dell’art. 319 c.p. nei confronti dei soggetti che esercitano la funzione legislativa (parlamentari e consiglieri regionali)..... | 94 |
| 3.1. Un primo caso giurisprudenziale: la sentenza del Tribunale di Napoli sul caso Berlusconi-De Gregorio (acquisto del voto di un parlamentare) | 95 |
| 3.2. Ulteriori casi giurisprudenziali di corruzione per atto contrario ai “doveri d’ufficio” relativi alla funzione parlamentare | 99 |
| 3.2.1. Il caso Felici: compravendita della presentazione di una proposta di legge..... | 99 |
| 3.2.2. Un caso di compravendita delle posizioni politiche sostenute nell’aula parlamentare | 100 |
| 3.3. La problematica compatibilità dell’assenza del vincolo di mandato parlamentare (art. 67 cost.) con la nozione di “atto contrario ai doveri d’ufficio” ex art. 319 cod. pen. | 102 |
| 3.4. La problematica compatibilità con la nozione di “atto contrario ai doveri d’ufficio” della insindacabilità del parlamentare (e del consigliere regionale) per i voti dati e le opinioni espresse nell’esercizio delle sue funzioni (artt. 68 e 122 Cost.) | 107 |
| 3.4.1. L’insindacabilità delle opinioni e dei voti come causa di giustificazione: conseguenze che ne derivano sul giudizio di legittimità degli atti del parlamentare | 110 |
| 4. La problematica configurabilità della corruzione per atto contrario ai doveri d’ufficio (art. 319 cod. pen.) nei confronti dei soggetti pubblici che svolgono la <i>funzione di indirizzo politico</i> | 112 |
| 4.1. La discrezionalità dell’amministrazione | 113 |
| 4.2. Il rapporto tra discrezionalità e merito..... | 116 |

| | |
|--|-----|
| 4.3. L'abuso di ufficio come paradigma del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa | 118 |
| 4.4. I limiti del sindacato del giudice penale sugli atti di indirizzo politico ... | 124 |
| 5. Alcune conclusioni provvisorie: la problematica configurabilità della <i>corruzione propria</i> per i soggetti investiti della <i>funzione legislativa</i> e per quelli che svolgono la <i>funzione di indirizzo politico</i> | 130 |

CAPITOLO IV

LA NUOVA FATTISPECIE DI TRAFFICO DI INFLUENZE ILLECITE (346 BIS C.P.): ANCORA PROBLEMI APPLICATIVI QUANDO OGGETTO DELLA PRESSIONE INDEBITA È L'ATTO DI UN "POLITICO"

| | |
|---|-----|
| 1. Traffico di influenze illecite e attività politica: la problematica applicazione del nuovo enunciato..... | 133 |
| 1.1. La struttura della nuova fattispecie e l'importanza delle clausole di illiceità espressa..... | 136 |
| 1.2. Il "nuovo" traffico di influenze illecite nelle prime sentenze della Corte di cassazione | 142 |
| 1.2.1. Il caso 'Tempa Rossa' | 142 |
| 1.2.2. Il caso del Mose di Venezia | 145 |
| 2. Superare il riferimento all'atto contrario ai 'doveri dell'ufficio': possibili modelli alternativi di traffico di influenze illecite incentrati sulla modalità della pressione e non sullo scopo. Uno sguardo comparatistico | 147 |
| 3. La regolamentazione delle attività di <i>lobbying</i> al vaglio del Parlamento: una disciplina davvero in grado di definire il campo del penalmente rilevante?..... | 152 |
| 4. Conclusione intermedia: una diversa fattispecie di traffico di influenze illecite in cui si superi il riferimento all'atto contrario ai 'doveri d'ufficio' | 160 |

CAPITOLO V

UN REGIME DIFFERENZIATO PER LA CORRUZIONE DEI "POLITICI": L'ESPERIENZA TEDESCA

| | |
|--|-----|
| 1. Introduzione: andare oltre la concezione monolitica di pubblica amministrazione, una fattispecie di corruzione <i>ad hoc</i> per i "politici" | 165 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| 2. Il reato di “corruzione degli eletti” nel codice penale tedesco (§ 108e StGB, <i>Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern</i>) | 167 |
| 2.1. La fattispecie previgente (<i>Abgeordnetenbestechung</i>) e le ragioni che hanno condotto alla sua modifica..... | 167 |
| 2.2. La nuova formulazione del § 108e StGB: finalmente un confine chiaro tra l’influenza lecita e quella penalmente rilevante? | 172 |
| 2.2.1. Il campo di applicazione soggettivo della fattispecie: i membri delle diverse assemblee rappresentative..... | 174 |
| 2.2.2. L’accordo illecito come nucleo centrale della fattispecie: un qualsiasi atto del mandato quale corrispettivo per un vantaggio ingiustificato..... | 175 |
| 2.2.3. Un ulteriore requisito: l’“azione su mandato o direttiva” del corruttore (<i>eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung</i>) | 180 |
| 2.2.4. Ancora un requisito: il vantaggio ‘ingiustificato’ (<i>ungerechtfertigter Vorteil</i>) | 183 |
| 2.2.5. Un giudizio complessivo sulla fattispecie tedesca: il campo di applicazione troppo ristretto e l’inadeguatezza della risposta penale..... | 187 |

CAPITOLO VI

CONSIDERAZIONI *DE JURE CONDENDO*: OPPORTUNITÀ DI UNA FATTISPECIE DI “CORRUZIONE POLITICA” ANCHE NEL CODICE PENALE ITALIANO

| | |
|---|-----|
| 1. Una fattispecie di corruzione “politica” nel codice penale italiano..... | 190 |
| 1.1. Il campo di applicazione soggettivo: gli agenti pubblici investiti della funzione legislativa e quelli che svolgono la c.d. funzione di indirizzo politico . | 190 |
| 1.2. Due caratteristiche della condotta tipica che è opportuno mutuare dalla fattispecie tedesca: il rapporto con una concreta azione di servizio e l’omesso riferimento ai doveri dell’ufficio | 193 |
| 1.3. Un requisito da non mutuare: l’azione svolta “su mandato o direttiva” del corruttore | 197 |
| 1.4. Punire anche la corruzione susseguente del “politico”? | 198 |
| 1.5. Il “vantaggio politico” come categoria esclusa dal campo di applicazione dei delitti di corruzione..... | 201 |
| 1.6. Quale pena per la corruzione del “politico”?..... | 206 |

| | |
|---------------------------|-----|
| <i>Conclusioni</i> | 209 |
| <i>Bibliografia</i> | VII |

PREMESSA

La presente tesi ha ad oggetto la corruzione “in ambito politico”. Questa tematica – quantomeno dagli anni '90 – ritorna ciclicamente al centro del dibattito pubblico in occasione dei sempre più numerosi scandali di corruzione che coinvolgono i vertici politici delle istituzioni statali e territoriali e che, indipendentemente dall'esito giudiziario a cui pervengono, ingenerano una situazione di grande instabilità, oltre che una crescente e complessiva sfiducia nell'operato della “rappresentanza politica”.

Alla questione della corruzione – unanimemente considerata una dei problemi più gravi del nostro Paese – il legislatore ha notoriamente tentato più volte di far fronte. Da ultimo con la legge 6 novembre 2012, n. 190 che, da un lato, ha approntato una serie di misure amministrative di tipo preventivo, dall'altro, ha introdotto nuove disposizioni incriminatrici e rimodellato quelle esistenti, con l'intento di adeguare gli strumenti di risposta penale al mutamento della realtà criminologica, oltre che ad esigenze di semplificazione probatoria.

Nonostante le frequenti riforme rimane tuttavia aperta la questione dell'adeguatezza di questo insieme di norme a trovare applicazione con riferimento ai soggetti, genericamente definiti in avvio, come *ricoprenti un incarico politico/elettivo*. Ci riferiamo, con questa espressione, a chi riveste una funzione pubblica caratterizzata vuoi dalla particolare *ampiezza dei poteri* correlata all'investitura popolare (parlamentari, consiglieri regionali, presidenti di Regione, sindaci), vuoi da un *rapporto fiduciario* con soggetti “eletti” (ministri ed assessori). Il codice penale del 1930 prevede infatti un *concetto monolitico di pubblica amministrazione*, che ne riflette l'idea ‘forte’, propria del periodo fascista. Questa impostazione di fondo – che trova conferma nella formulazione omnicomprensiva dell'art. 357 cod. pen. (è *pubblico ufficiale*, agli effetti delle legge penale, chi *esercita una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa*) – non permette alcuna distinzione tra i pubblici agenti, i quali sono soggetti quindi all'applicazione delle medesime disposizioni incriminatrici del codice penale.

Il tema che si vuole indagare – seppur ultimamente poco affrontato – si è posto all'attenzione del legislatore penale già durante i lavori preparatori del Codice Zanardelli. Fin da quel momento, infatti, diverse furono le voci che nella dottrina si

espressero a favore di uno “spacchettamento” della categoria dei pubblici ufficiali, che assoggettasse in particolare i *parlamentari* ad una diversa disciplina penalistica della corruzione¹.

La rilevanza della nostra indagine è tra l’altro confermata dalla recente casistica giurisprudenziale. Anzitutto la decisione del Tribunale di Napoli sulla vicenda della compravendita del voto del senatore De Gregorio da parte di Silvio Berlusconi. Una pronuncia che si segnala per alcune interessanti e pressoché inedite affermazioni circa la compatibilità del reato di *corruzione per atto contrario ai doveri d’ufficio* (art. 319 cod. pen.) con la peculiare posizione dei coimputati i quali, al momento della commissione dei fatti, rivestivano entrambi la carica di parlamentare.

Diverse sono inoltre le vicende al centro del dibattito pubblico che – seppur non ancora giunte innanzi all’autorità giudiziaria – dimostrano l’attualità del tema indagato. Basti pensare al caso che ha recentemente coinvolto l’ex ministro dello Sviluppo economico Federica Guidi e il suo compagno, l’imprenditore Gianluca Gemelli. Al ministro è stato in particolare contestato di aver inserito nella legge di Stabilità del 2015, su pressione del suo compagno, l’emendamento che sbloccava il progetto d’estrazione petrolifera “Tempa rossa”, favorevole alla società Total, che avrebbe poi remunerato l’attività di intermediazione di Gemelli affidando un subappalto a una delle sue aziende. I fatti contestati – che hanno costretto il ministro Guidi a dimettersi – hanno fatto emergere la questione della compatibilità del reato di *traffico di influenze illecite* con la figura del ‘ministro’; in ragione della problematica qualificazione dei suoi atti come *contrari ai doveri d’ufficio*².

Nella cronaca politica degli ultimi anni – soprattutto in seguito all’abolizione del finanziamento pubblico ai partiti – è emerso quindi con forza il tema della ipotetica riconducibilità alla corruzione (*rectius* alla “nuova” corruzione per l’esercizio della funzione *ex art. 318 cod. pen.*) delle ipotesi in cui importanti esponenti dell’economia o

¹ Cfr. C. BERTOLINI, *Il deputato e il senatore corrotto*, in *Riv. pen.*, 1893, p. 329 ss.; L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, vol. I, Torino, 1915, p. 601 ss.; E. PINCHERLI, *Il codice penale italiano annotato*, Torino, 1890, p. 369 ss. Dà conto ampiamente di come tale questione venne trattata nei lavori preparatori del codice Zanardelli, L. CRIVELLARI, *Commento del nuovo codice penale italiano*, vol. VI, Torino, 1895, p. 363 ss.

² Cfr. T. PADOVANI, *Il traffico di influenze illecite? Una boiata pazzesca*, in *www.ilfoglio.it*, 7 aprile 2016.

gruppi industriali elargiscano cospicue somme di denaro per partecipare ad eventi di raccolta fondi organizzati da “politici” per sostenere le proprie campagne elettorali³.

Il *metodo* con il quale ci proponiamo di affrontare la nostra indagine ha innanzitutto i caratteri dell'*interdisciplinarietà*. Nella prima parte del lavoro, attraverso un approfondita analisi di diritto costituzionale e di diritto amministrativo, tenteremo di rinvenire dei *criteri* con i quali meglio definire la categoria di soggetti soprarichiamata e conseguentemente comprendere di quali membri questa effettivamente si componga.

Si passerà poi ad analizzare nel dettaglio i problemi applicativi cui i reati di corruzione si espongono. Si toccherà con mano, innanzitutto, la difficoltà nella definizione del campo d'applicazione del “nuovo” art. 318 cod. pen. (Corruzione per l'esercizio della funzione) che, a causa della scarsa capacità di tipizzazione della nuova formulazione, è in grado di attrarre nell'area del penalmente rilevante anche attività che non solo appaiono lecite, ma che sembrano anche *incentivate* dall'ordinamento: su tutte il *finanziamento dei partiti e dei singoli candidati da parte dei privati*.

Seri dubbi sussistono poi in ordine all'applicabilità ai *soggetti che ricoprono un incarico politico/elettivo* delle norme incriminatrici della *corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio* (art. 319 cod. pen.) e del *traffico di influenze illecite* (art. 346 bis cod. pen.). Risulta infatti problematica la qualificazione dei loro atti funzionali come *atti contrari ai doveri*. Elemento che deve tuttavia essere presente – quantomeno come obiettivo cui le parti sono finalisticamente orientate – per l'integrazione di tali reati. Tale difficoltà di sussunzione origina dalle peculiarità della funzione e dalle prerogative garantite a questa categoria di soggetti dalla Costituzione, oltre che dai principi che presiedono al vaglio degli atti amministrativi da parte del giudice penale.

Analogamente problematica risulterà la definizione dei concetti di *utilità* ed *interesse* nei reati di corruzione, i quali – con riferimento ai soggetti che ricoprono un incarico politico/elettivo – dovrebbero essere intesi in senso restrittivo, in modo da non ricomprendervi i c.d. *vantaggi politici*: ovvero la possibilità di accedere a più alte cariche pubbliche, la ricandidatura alle successive elezioni, l'ottenimento di un incarico all'interno del partito ecc.. Corrispettivi questi che, fisiologicamente, assumono il ruolo di “merce di scambio” nel contesto politico.

³ Si veda ad es. *Pd, in ottocento alla cena di finanziamento con Renzi*, in www.repubblica.it, 6 novembre 2014; *Roma, cena del Pd a 1000 euro. Orfini: “Senza finanziamento pubblico eventi inevitabili”*, in www.ilfattoquotidiano.it, 8 novembre 2014.

A fronte delle criticità che mostra una concezione monolitica della p.a., il nostro lavoro proseguirà, in *prospettiva comparatistica*, ponendoci in paragone con le scelte d'incriminazione adottate recentemente dall'ordinamento tedesco. Lo *Strafgesetzbuch*, a differenza del codice penale italiano, non sposa infatti una concezione monolitica di pubblica amministrazione, ma differenzia dall'insieme dei pubblici ufficiali (*Amtsträger*) i c.d. *Mandatsträger*, ovvero gli agenti pubblici che, essendo stati eletti, ricoprono un incarico per mandato. A quest'ultimi il codice penale tedesco riserva un'autonoma figura incriminatrice di corruzione, prevista dal § 108e StGB (*Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern*) e caratterizzata – come si mostrerà nel dettaglio – da elementi peculiari e da un campo di applicazione più ristretto rispetto a quello delle omologhe fattispecie destinate ai pubblici ufficiali.

Questa importante scelta del legislatore tedesco – lungi dall'essere il prodotto della volontà della stessa classe politica di garantirsi un regime penalistico di favore – affonda le proprie radici in una profonda discussione dogmatica e politico-criminale che pone seri ostacoli ad una equiparazione dell'eletto con il funzionario pubblico, ed alla quale si attingerà per avvalorare l'ipotesi di uno statuto penale differenziato dell'attività politica. In conclusione ed in una prospettiva *de jure condendo*, avanza la proposta di un trattamento specifico dei *soggetti che ricoprono un incarico politico/elettivo* dal punto di vista delle figure incriminatrici loro riservate. Da un lato, per permettere una migliore riconducibilità dei fatti a questi ascritti alle norme penali, che tenga effettivamente conto delle prerogative e delle peculiarità garantite dalla Costituzione alla loro funzione e che delimiti con maggior precisione l'area del penalmente rilevante, anche a mezzo dell'invocato sviluppo di strumenti *extra penalistici*. Dall'altro lato, per consentire al legislatore, sotto il profilo del trattamento sanzionatorio, scelte di politica criminale *ad hoc*: riservando ai “politici” una punizione più severa, in considerazione del profilo di offesa al rapporto fiduciario con gli elettori.

CAPITOLO I

IL PROBLEMATICO INQUADRAMENTO DEI “POLITICI” NELLA MACRO-CATEGORIA DEI PUBBLICI UFFICIALI EX ART. 357 COD. PEN.

SOMMARIO: 1. Introduzione e ipotesi di lavoro: la distinzione dei “politici” dalla categoria dei pubblici ufficiali. – 2. Il concetto di pubblico ufficiale nell’art. 357 c.p. – 2.1. La possibile distinzione dei soggetti che esercitano la “funzione legislativa” dalla macro-categoria dei pubblici ufficiali. – 2.2. La possibile distinzione di (alcuni) soggetti pubblici che svolgono la “funzione amministrativa” dalla macro-categoria dei pubblici ufficiali. – 2.2.1. La distinzione tra indirizzo politico e amministrazione nelle leggi che definiscono la struttura organizzativa della p.a. – 2.2.2. Il concetto di atto politico a livello statale nella elaborazione della dottrina – 2.2.3. (Segue) L’atto politico nella casistica giurisprudenziale. – 2.2.4. I c.d. atti di alta amministrazione. – 2.2.5. Indirizzo politico e atto politico a livello locale nella elaborazione della dottrina e nella casistica giurisprudenziale. – 3. Una prima conclusione “intermedia”: quali soggetti è possibile distinguere dal novero dei “pubblici ufficiali” ex art. 357 c.p.? – 4. Una feconda prospettiva comparatistica: la sistematica delle qualifiche soggettive nel codice penale tedesco. Il dualismo tra il concetto di pubblico ufficiale (*Amtsträger*) e quello di “eletto” (*Mandatsträger*).

1. Introduzione e ipotesi di lavoro: la distinzione dei “politici” dalla categoria dei pubblici ufficiali.

Nel disciplinare i delitti contro la P.A. il codice penale del 1930 adotta e presuppone un *concetto monolitico di ‘pubblica amministrazione’*, che ne riflette l’idea ‘forte’, propria del periodo fascista. Sotto il profilo delle *qualifiche soggettive*, rilevante ai fini della nostra indagine, quella nozione abbraccia *qualsiasi persona investita di una funzione pubblica* riferibile allo Stato o a qualsiasi altro ente pubblico territoriale, a prescindere dall’ambito, dall’ente e dalle mansioni concretamente svolte¹.

Questa impostazione di fondo – che trova conferma nella formulazione ‘omnicomprensiva’ dell’art. 357 cod. pen. («Nozione del pubblico ufficiale»)², tanto

¹ Cfr. *Relazione del Guardasigilli al libro II c.p.*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, 1929, p. 132 ss., dove si afferma che il concetto di pubblica amministrazione viene assunto nel senso più ampio, *comprensivo dell’intera attività dello Stato e degli altri enti pubblici*, tanto che – con le norme riflettenti i delitti contro la pubblica amministrazione – viene tutelata non solo l’attività amministrativa in senso stretto, tecnico, ma anche quella legislativa e giudiziaria. Nella relazione si afferma inoltre che il titolo sui delitti contro la pubblica amministrazione prevede e persegue fatti che impediscono o turbano il regolare svolgimento dell’attività dello Stato e degli altri enti pubblici, in modo da comprendere tutte le ampie categorie di soggetti di diritto pubblico che, secondo una tripartizione oramai universalmente accolta, «si distinguono in soggetti appartenenti all’ordine legislativo, soggetti appartenenti all’ordine giudiziario, e soggetti appartenenti all’ordine esecutivo».

² L’enunciato attuale dell’art. 357 cod. pen. – così come sostituito dall’art. 17, l. 26 aprile 1990, n. 86 e modificato dall’art. 4^a, l. 7 febbraio 1992, n. 181 – afferma: («Nozione del pubblico ufficiale»). «Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione

nella vigente quanto nell'originaria enunciazione³ – non permette alcuna distinzione tra i pubblici agenti⁴, i quali sono pertanto destinatari delle medesime disposizioni incriminatrici del codice penale, comprese quelle in materia di corruzione.

È però, proprio per tale ragione, un'impostazione che rivela non poche criticità, in particolare nel momento in cui i soggetti attivi di una condotta penalmente rilevante ricoprono un incarico politico/elettivo, caratterizzato vuoi dalla particolare *ampiezza dei poteri* correlata all'investitura popolare (parlamentari, consiglieri regionali, presidenti di Regione, sindaci), vuoi da un *rapporto fiduciario* con soggetti eletti (ministri ed assessori). Vedremo infatti come l'applicazione dei reati di corruzione nei confronti di questi soggetti risulti particolarmente difficoltosa – in ragione dello *status* e delle prerogative che li caratterizzano –, tanto da spingerci a ipotizzare e valutare l'opportunità di un possibile trattamento differenziato dal punto di vista penalistico⁵.

Si toccherà con mano per prima cosa la difficoltà nella definizione del campo d'applicazione del “nuovo” art. 318 cod. pen. (Corruzione per l'esercizio della funzione) che, a causa della scarsa capacità di tipizzazione della nuova formulazione, è in grado di attrarre nell'area del penalmente rilevante anche attività che non solo appaiono lecite, ma che sembrano anche *incentivate* dall'ordinamento: su tutte il *finanziamento dei partiti e dei singoli candidati da parte dei privati*. Seri dubbi sussistono poi in ordine all'applicabilità ai *soggetti che ricoprono un incarico politico/elettivo* delle norme incriminatrici della *corruzione per atto contrario ai doveri*

legislativa, giudiziaria o amministrativa. – Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi».

³ Questo il testo dell'art. 357 nella versione del 1930: («Nozione del pubblico ufficiale»). «Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali: 1) gli impiegati dello Stato o di un altro ente pubblico che esercitano, permanentemente o temporaneamente, una pubblica funzione, legislativa, amministrativa o giudiziaria; 2) ogni altra persona che esercita, permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo, una pubblica funzione, legislativa, amministrativa o giudiziaria. – Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione e dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi e certificativi».

⁴ Si noti, per completezza, che possono essere soggetti attivi dei delitti contro la pubblica amministrazione anche gli *incaricati di pubblico servizio* ex art. 358 cod. pen. Una definizione su cui, ai nostri fini, non è tuttavia utile soffermarsi in quanto i soggetti di cui si vuole proporre la differenziazione – ovvero gli agenti pubblici che ricoprono un incarico politico/elettivo – in ragione della funzione a loro riservata sono certamente pubblici ufficiali e quindi mai *incaricati di pubblico servizio*.

⁵ Cfr. *infra* cap. VI.

d'ufficio (art. 319 cod. pen.)⁶ e del *traffico di influenze illecite* (art. 346 bis cod. pen.). Risulterà infatti impraticabile la qualificazione dei loro atti funzionali come *atti contrari ai doveri*⁷. Elemento che deve tuttavia essere presente – quantomeno come obiettivo cui le parti sono finalisticamente orientate – per l'integrazione di tali reati. Tale difficoltà di sussunzione – lo tenteremo di dimostrare nel prosieguo – origina dalle peculiarità della funzione e dalle prerogative garantite a questa categoria di soggetti dalla Costituzione, oltre che dai principi che presiedono al vaglio degli atti amministrativi da parte del giudice penale. Analogamente problematica risulterà la definizione dei concetti di *utilità* ed *interesse* nei reati di corruzione, i quali – con riferimento ai soggetti che ricoprono un incarico politico/elettivo – dovrebbero essere intesi in senso restrittivo, in modo da non ricomprendervi i c.d. *vantaggi politici*: ovvero la possibilità di accedere a più alte cariche pubbliche, la ricandidatura alle successive elezioni, l'ottenimento di un incarico all'interno del partito. Corrispettivi questi che fisiologicamente assumono il ruolo di "merce di scambio" nel contesto politico⁸.

La nostra *ipotesi di lavoro*, a fronte delle criticità mostrare da una concezione monolitica della p.a., qui accennate e che oltre saranno meglio esaminate, è di individuare *de jure condendo* possibili criteri che legittimino una distinzione dei "politici" dal restante novero dei pubblici agenti. Un'ipotesi che – lo vedremo – sembra trovare conforto non solo nell'esperienza di altri ordinamenti⁹ ma anche, sul piano interno, nella Costituzione e nel vigente diritto amministrativo. Il lavoro proseguirà poi valutando l'opportunità di un trattamento specifico di tali soggetti, dal punto di vista delle figure incriminatrici loro riservate, in modo da permettere, nella prospettiva politico-criminale, una migliore sussunzione dei fatti a questi ascritti che tenga effettivamente conto delle prerogative e delle peculiarità garantite dalla Costituzione alla loro funzione.

⁶ Si veda a questo proposito l'autorevole opinione di G. VASSALLI, *Punti interrogativi sulla estensione della irresponsabilità dei membri del Parlamento*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, tomo IV, Milano, 1974, p. 4295.

⁷ Per un caso in cui emerge con chiarezza questo problema si veda Trib. Napoli, sez. I, 8 luglio 2005, n. 11917, in *Dir. pen. cont.*, con nota di M.C. UBIALI, *In tema di corruzione del parlamentare: la sentenza del Tribunale di Napoli sul leading-case Berlusconi-De Gregorio*, 19 maggio 2016. Sulla stessa sentenza si segnala anche F. COMPAGNA, *La corruzione del parlamentare: un archetipo costituzionalmente improprio*, in *Dir. pen. cont.*, 7 giugno 2016.

⁸ Cfr. F. TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale*, Milano, 1973, p. 229 ss.

⁹ In particolare ci si riferisce all'ordinamento tedesco che – come vedremo tra breve – annovera all'interno del proprio codice penale (§ 108e StGB) una norma *ad hoc* sulla corruzione dei "eletti", con voto diretto all'interno di organi di rappresentanza di vario livello territoriale.

Si farà quindi un breve cenno alla questione del *quantum di pena* al quale sottoporre le condotte ascrivibili ai “politici”, in particolare domandandoci se – in ragione del mandato *elettivo* o *fiduciario* dal quale deriva il loro incarico pubblico – sia maggiore il disvalore penale dei fatti illeciti da questi commessi, rispetto a quelli analoghi posti in essere dagli altri pubblici ufficiali¹⁰.

2. Il concetto di “pubblico ufficiale” nell’art. 357 c.p.

È noto che i delitti contro la pubblica amministrazione, disciplinati dal capo I del titolo II del codice penale (*Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*), sono *reati propri* che possono essere commessi solo da soggetti ai quali sia attribuibile la qualifica di *pubblici ufficiali*¹¹.

Orbene, il concetto di “pubblico ufficiale” è notoriamente oggetto di una definizione legale contenuta nell’art. 357, comma 1, cod. pen.¹²: è tale, agli effetti delle legge penale, chi *esercita una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa*. Il comma 2, aggiunge quindi che «agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi».

L’economia del presente lavoro non consente di dar compiutamente conto del dibattito dottrinale¹³ e giurisprudenziale che ha preceduto l’adozione di tale definizione

¹⁰ Cfr. *infra* cap. VI, par. 1.6.

¹¹ Cfr. *supra* nota n. 4.

¹² Per la letteratura essenziale sulla nozione di pubblico ufficiale si veda: F. ANTOLISEI, *Sulla nozione di pubblico ufficiale*, in *Scritti in onore di Vincenzo Manzini*, 1954, p. 29 ss.; G. GUARINO, *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 3 ss.; G. MARINI, *Criterio soggettivo e criterio oggettivo nell’interpretazione degli articoli 357-358 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, p. 568 ss.; P. NUVOLONE, *Brevi note sul concetto penalistico del pubblico ufficiale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1940, p. 48 ss.; T. PADOVANI, *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Corr. Giur.*, 1990, p. 540 ss.; A. PAGLIARO, *Brevi note sulla riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *L’indice penale*, 1989, p. 27 ss.; F. PALAZZO, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d’insieme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 815 ss.; M. PETRONE, *La nuova disciplina dei delitti degli agenti pubblici contro la P.A.: dalla prospettiva di riforma alla l. 86/1990*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 917 ss.; S. SEMINARA, *sub art. 357*, in A. CRESPI, G. FORTI, G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, V ed., Padova, 2008, p. 860 ss.; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Commento all’art. 357*, in T. PADOVANI, (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, 1996, p. 448.

¹³ Si veda *ex multis*: P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione. Le qualifiche soggettive*, Milano, 1983; ID., *La riforma dei delitti contro la Pubblica*

legale. Ai nostri fini è necessario e sufficiente segnalare che – mentre la disposizione originaria, al n. 1 del comma 1, faceva riferimento al criterio del vincolo di dipendenza dalla p.a.¹⁴ – la vigente formulazione dell’art. 357 cod. pen., introdotta in occasione della riforma dei delitti contro la p.a. realizzata con la l. 26 aprile 1990, fa propria la *c.d. teoria oggettiva*. Secondo questa impostazione – accolta anche dalla giurisprudenza in un’ampia casistica¹⁵ – per determinare la qualifica pubblicistica di un soggetto non è decisiva la *natura dell’ente* alle cui dipendenze l’individuo svolge le proprie funzioni ma, al contrario, assume rilievo *l’attività svolta in concreto* da quest’ultimo, quale che sia il rapporto che lo lega all’amministrazione pubblica.

Diamo dunque per acquisito, almeno allo stato dell’arte, che nel nostro ordinamento il criterio di identificazione dei pubblici ufficiali – il presupposto per l’attribuzione della relativa qualifica normativa, in altri termini – è di tipo oggettivo e impone all’interprete di guardare alla tipologia dell’attività effettivamente svolta in seno alla p.a. Orbene, a fronte di questo dato, lo sviluppo della nostra ipotesi di lavoro richiede di domandarci se l’adozione da parte del legislatore di un’impostazione oggettiva offra lo spunto per orientare la nostra ricerca verso le peculiarità dell’attività svolta, l’ambito in cui questa è posta in essere, i relativi atti e il grado di discrezionalità di cui dispone il pubblico ufficiale, abbandonando ogni riferimento a *criteri soggettivi* che si riferiscono all’appartenenza ad un determinato ente o ad una determinata categoria di soggetti.

È su queste premesse che ci domandiamo ora se tra i pubblici ufficiali che esercitano la funzione legislativa ed amministrativa¹⁶ – menzionate dall’art. 357 cod. pen. – esistano dei validi criteri che, facendo riferimento alla natura dell’attività svolta, legittimino un trattamento differenziato dei “politici” rispetto al restante novero degli agenti pubblici.

Amministrazione: soggetti, qualifiche funzioni, in A.M. STILE (a cura di), *La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1987, p. 29.

¹⁴ Cfr. per il testo dell’articolo *supra* nota n. 3.

¹⁵ Cfr. C. BENUSSI, sub *art.* 357, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, 2015, p. 968.

¹⁶ Non ci soffermeremo invece sulla *funzione giudiziaria*. Tale funzione non compete infatti in alcun modo ai soggetti che prenderemo in considerazione nel corso di questo lavoro.

2.1. La possibile distinzione dei soggetti che esercitano la “funzione legislativa” dalla macro-categoria dei pubblici ufficiali

Rispetto alla “funzione legislativa” non esistono particolari difficoltà di definizione, tanto che il legislatore, nell’art. 357 cod. pen., non ha provveduto a precisarne in modo più dettagliato i confini. Secondo l’opinione concorde della dottrina, sono ricomprese nella funzione legislativa tutte le attività dirette alla produzione delle leggi o degli atti aventi forza di legge, che nel nostro ordinamento competono alla Camera dei Deputati, al Senato e, come è noto in taluni casi, al Governo¹⁷. Allo stesso modo, rientra nella funzione legislativa anche l’attività normativa della Regione e delle Province autonome¹⁸. Ne consegue, dunque, che tanto i parlamentari (deputati e senatori), quanto i consiglieri regionali (e quelli delle province autonome) possono essere considerati a tutti gli effetti pubblici ufficiali *ex art. 357 cod. pen.*¹⁹.

Quel che è rilevante notare ai fini della nostra indagine è come *l’inclusione stessa della funzione legislativa* nella disposizione che definisce agli effetti della legge penale il concetto di “pubblico ufficiale” non sia priva di significato. Essa presuppone e riflette infatti, come è stato acutamente notato, un concetto ampio di pubblica amministrazione, che ricomprende al proprio interno tutte le funzioni imputabili allo Stato o ad altro ente pubblico²⁰. Si tratta, come ha sottolineato Franco Bricola quasi cinquant’anni fa, di un’impostazione coerente con l’assetto istituzionale dello Stato fascista, del quale il codice Rocco era espressione; uno Stato caratterizzato dall’unità della sovranità e dalla *degradazione della teoria della separazione dei poteri a semplice criterio di distribuzione delle competenze*²¹.

È facile comprendere, in questa luce, perché dopo l’entrata in vigore della Costituzione non siano mancate voci critiche nei confronti di una simile impostazione; voci dirette a sottolineare le peculiarità e l’*autonomia* dello *status* dei soggetti che esercitano la funzione legislativa e, pertanto, l’opportunità di un diverso regime

¹⁷ Ci si riferisce alla possibilità che ha il Governo di prendere parte al procedimento legislativo tramite gli strumenti del decreto legislativo (art. 76 Cost.) e del decreto legge (art. 77 Cost.).

¹⁸ Cfr. C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (diretta da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, tomo I, ed. II, Milano, 2013, p. 60.

¹⁹ Cfr. C. BENUSSI, *sub art. 357*, cit., p. 974; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, V ed., Bologna, 2012, p. 176.

²⁰ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 156.

²¹ Cfr. F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Temì*, 1968, p. 566.

giuridico in materia penale. A questo proposito si è evidenziato, anzitutto, come l'adozione della Carta costituzionale abbia conferito alle tre funzioni – legislativa, amministrativa e giudiziaria – ed al tipo di procedimento prefissato per l'espletamento dei relativi atti, autonome caratteristiche ed autonomi principi che, diversamente da quanto è ancor oggi previsto nel nostro codice penale, dovrebbero comportare una tutela penale variamente articolata²². Nonostante la presenza, in questo dibattito, di autorevoli voci favorevoli ad una concezione monolitica della p.a. – e ciò soprattutto alla luce della dispersività di un'impostazione che differenzi le fattispecie incriminatrici a seconda della appartenenza di un soggetto ad un determinato potere²³ – tenteremo di mostrare, nel prosieguo del nostro lavoro, come un trattamento differenziato di tali soggetti, dal punto di vista delle figure incriminatrici loro riservate, possa permettere una migliore sussunzione dei fatti a questi ascritti, che tenga effettivamente conto delle caratteristiche e delle prerogative garantite dalla Costituzione alla loro funzione.

Nell'illustrare le peculiarità della funzione legislativa, rispetto a quella amministrativa, è stato a ragione – e forse risolutivamente – sottolineato da Tagliarini come *la Costituzione non imponga ai soggetti che svolgono quella funzione* – a partire

²² *Ibidem*.

²³ Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2013, p. 6 ss., il quale si dice scettico rispetto ad una considerazione legislativa distinta di ciascuna delle funzioni pubbliche. Secondo l'Autore, infatti, "se è indubbio che la valutazione di una condotta oggettivamente identica può a volte differenziarsi a seconda della appartenenza del soggetto all'uno o all'altro potere, è altrettanto vero che tecnicamente dispersiva si rivelerebbe almeno in generale la diversificazione delle relative norme a seconda dell'autore (...)". Nonostante questo l'illustre penalista aggiunge tuttavia che "con ciò non s'intende ovviamente sottovalutare né il fatto che la struttura del singolo reato può non consentire la realizzazione, indifferentemente, da parte di ognuno degli appartenenti ai diversi poteri, né che l'esercizio della singola pubblica funzione può condizionare decisamente l'interpretazione della singola norma e pertanto la sua concreta applicazione". Si veda a questo proposito anche A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la pubblica amministrazione*, tomo I, ed. X, Milano, 2008, p. 6, i quali affermano che le varie funzioni statali vanno tenute distinte ad altri fini ma non ai fini penalistici. «Se in qualche campo si ergono esigenze di non punibilità per certi fatti, quando commessi da parlamentari, vi sono altri mezzi tecnici per escludere il reato (alludiamo alla c.d. insindacabilità dei parlamentari, la quale configura una specifica causa che impedisce il sorgere dell'illecito penale), facendo salva al tempo stesso l'altra esigenza che taluni tipi di reato contro la p.a. possano essere puniti anche se il parlamentare ne è il protagonista». Cfr. anche M. PELISSERO, *Disposizioni comuni*, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, in C. F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2015, p. 26, in cui si afferma che l'incompatibilità tra la funzione legislativa e i reati dei pubblici ufficiali contro la p.a. non è assoluta, «ma va verificata in relazione alla singola fattispecie incriminatrice ed alla inerenza dell'atto all'esercizio della funzione parlamentare (...)».

dai parlamentari – *gli stessi doveri che incombono su chi riveste incarichi amministrativi*²⁴.

Emblematico è ad esempio il caso del *dovere d'imparzialità* sancito, come è noto, dall'art. 97 Cost. per i pubblici amministratori e *non anche* per i parlamentari²⁵. Tale dovere, a ben vedere, non è conciliabile con le facoltà più significative e legittime attribuite dall'ordinamento ai parlamentari nell'esercizio delle loro funzioni. I parlamentari sono, infatti, in ogni ordinamento democratico, esponenti dei partiti ovvero di gruppi politici che non cessano mai di essere portatori di interessi *parziali*, facenti capo a classi, gruppi di persone e anche a singoli cittadini²⁶.

Lo stesso può dirsi con riguardo al *principio di buon andamento* dell'amministrazione, previsto sempre dall'art. 97 Cost. Il Costituente non ha posto tale obbligo a carico dei parlamentari e, conseguentemente non li ha resi soggetti passivi di specifiche situazioni giuridiche doverose in ordine all'espletamento della potestà ad essi attribuite. Nel disegno dei costituenti l'alta funzione attribuita ai rappresentanti del popolo, da una parte, e ragioni di libertà nell'espletamento di quest'ultima, dall'altra, rendevano inopportuno e non consono ad un ordinamento democratico gravare gli stessi di obblighi – e correlate sanzioni – caratteristici dei soggetti preposti a funzioni diverse, di carattere amministrativo. La natura e l'esistenza stessa di un *obbligo di buon andamento* avrebbe portato a considerare illegittimi, sia pure in casi estremi, comportamenti costituenti un'effettiva manifestazione di opinione e volontà politica²⁷.

Non solo, significativo ai fini di giustificare una differenziazione dei soggetti che svolgono la funzione legislativa è inoltre l'art. 67 Cost. secondo cui «Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita la sue funzioni senza *vincolo di mandato*». Tale disposizione garantisce ai parlamentari – e secondo i costituzionalisti, in modo implicito, anche ai consiglieri regionali, in virtù della natura politica dell'organo cui appartengono, rappresentativo dell'intera comunità regionale²⁸ – una

²⁴ Cfr. F. TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale*, cit., p. 211.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ivi*, p. 212.

²⁷ *Ivi*, p. 219-220.

²⁸ Cfr. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XII ed., Milano, 2010, p. 668. L'Autore fa riferimento all'art. 1 della l. 17 febbraio 1968, n. 108 (Norme per la elezione dei Consigli regionali delle Regioni a statuto normale) che, al comma 4, afferma: «I consiglieri regionali rappresentano l'intera Regione senza vincolo di mandato». Inoltre viene citato l'art. 4 della l. 2 luglio 2004, n. 165 (Disposizioni di attuazione dell'articolo 122, primo comma, della Costituzione) che ricomprende anche il *divieto di mandato*

completa autonomia d'azione derivante dal mandato elettorale a questi conferito, che si manifesta in *scelte totalmente libere nei fini*. Si tratta di una *prerogativa* della funzione parlamentare (e del mandato di consigliere regionale), estranea al restante novero dei funzionari pubblici i quali, al contrario, vedono sottoposta la loro attività a tutta una serie di prescrizioni e direttive di legge, oltre ai già menzionati doveri di *imparzialità* e *buon andamento* nella gestione della p.a.

Ancora, un'ulteriore conferma della peculiarità della funzione legislativa si rinviene poi nell'art. 68, comma 1 Cost.: «I membri del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni». La previsione di una simile immunità – ben nota ai penalisti e sulla quale si avrà modo di ritornare oltre²⁹ – testimonia un'evidente scelta politica dei costituenti, che ispirati da ragioni di tutela della libertà della funzione legislativa – essenziale all'ordinamento democratico – e con una visione dell'amministrazione pubblica ben lontana da quella, monolitica, propria del Codice Rocco, hanno tracciato un solco tra lo *status* dei parlamentari (e dei consiglieri regionali³⁰) e quello degli altri pubblici funzionari. Nei confronti di questi ultimi, ad ulteriore conferma – ci sembra – di quanto andiamo dicendo, l'art. 28 Cost. stabilisce che: «i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici». Dal confronto tra gli artt. 68 e 28 Cost. emerge dunque una netta differenziazione tra lo *status* dei parlamentari (e dei consiglieri regionali) e quello dei semplici pubblici funzionari.

Da queste prime considerazioni ci sembra di poter trarre una prima presa d'atto, seppur solo abbozzata, della *scarsa compatibilità dello statuto penale della pubblica amministrazione con lo status di 'legislatore'* – membro della Camera dei Deputati, del Senato o consigliere regionale (o delle province autonome) – così come delineato dalla Costituzione quale soggetto che agisce *politicamente*, senza vincolo di mandato e

imperativo tra i limiti entro i quali le Regioni disciplinano con legge il sistema di elezione del presidente della Giunta regionale e dei consiglieri regionali.

²⁹ Cfr. *infra* cap. III, par. 3.4.

³⁰ Lo stesso principio vale anche per i consiglieri regionali in virtù del disposto dell'art. 122, comma 4 Cost.: «I consiglieri regionali non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni».

perseguendo scopi fisiologicamente di parte³¹. È quindi la stessa Costituzione ad offrire lo spunto per una sua distinzione rispetto agli altri soggetti pubblici, alla quale si perviene attraverso l'utilizzo di un criterio strettamente oggettivo, ovvero l'osservazione delle caratteristiche dell'attività da questi concretamente svolta.

2.2. La possibile distinzione di (alcuni) soggetti pubblici che svolgono la “funzione amministrativa” dalla macro-categoria dei pubblici ufficiali

Dopo aver soffermato lo sguardo sugli agenti pubblici che svolgono la funzione legislativa, occorre ora rivolgere l'attenzione ai pubblici funzionari la cui attività – né legislativa né tantomeno giudiziaria – non può che rientrare, *ex art. 357 cod. pen.*, all'interno della *funzione amministrativa*, ma i cui compiti sono connotati da un certo grado di “politicalità” in ragione della loro investitura popolare o del rapporto fiduciario che li lega a soggetti “eletti”³². A tal proposito nella legislazione, così come nella dottrina e nella giurisprudenza amministrativistiche, è presente da tempo la dicotomia tra attività di indirizzo politico o di governo e attività amministrativa, di cui sono espressione, rispettivamente, i c.d. *atti politici* e gli *atti amministrativi*³³. Una distinzione sviluppatasi – come si vedrà – a partire da una disposizione del testo unico sul Consiglio di Stato, oggi abrogato, che all'art. 31 stabiliva che il ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale non era ammesso se trattava di atti o provvedimenti

³¹ Cfr. A. VALLINI, *Le qualifiche soggettive*, in F. PALAZZO (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2011, p. 760.

³² Per la differenziazione tra “organi politici” e “organi a carattere professionale” si veda V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti di «alta amministrazione»*, in *Diritto pubblico*, 1/2009, p. 101 ss., il quale si riferisce principalmente a quei soggetti che, pur non essendo direttamente rappresentanti della collettività come chi ricopre un incarico elettivo, sono designati da quest'ultimi e ad essi legati da un rapporto di fiducia che deve perdurare per tutto il corso del mandato.

³³ Per la letteratura essenziale sulla nozione di atto politico, senza pretese di esaustività, si veda: E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1968; P. BARILE, *sub Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 221 ss.; E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, p. 271; G.B. GARRONE, *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in *Dig. pubbl.*, Torino, 1987, p. 544 ss.; C. TUBERTINI, *Atti politici e di alta amministrazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. I, Milano, 2006, p. 516 ss.; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, fasc. 3, p. 329 ss.; G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Atto politico e atto di governo*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 1 ss.; A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, 1989, p. 16 ss. C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Padova, 1983; G. DI GASPARO, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico*, Milano, 1984.

emanati dal *Governo* nello esercizio del *potere politico*³⁴. Ai fini della nostra indagine una simile dicotomia è di particolare interesse e merita un opportuno approfondimento: essa sembra infatti fornire indicazioni utili alla ricerca di un criterio in grado di individuare e distinguere – dal punto di vista dell’attività svolta ed all’interno della macro-categoria dei pubblici funzionari che esercitano una funzione amministrativa *ex art. 357 cod. pen.* – coloro che ricoprono un incarico politico/elettivo.

La base normativa del cennato dualismo tra *attività di indirizzo politico o di governo* e *attività amministrativa*, si rinviene anzitutto nell’art. 4 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (“Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”), dove al comma 1 si afferma che: «Gli organi di *governo* esercitano le funzioni di *indirizzo politico-amministrativo*, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare ed adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni, e verificano la rispondenza dei risultati dell’attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti». Al comma 4 vengono invece menzionati i compiti dei *dirigenti*, specificandosi che a questi «spetta l’adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l’amministrazione verso l’esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Essi sono responsabili in via esclusiva dell’*attività amministrativa*, della gestione e dei relativi risultati».

Ancora, il codice del processo amministrativo, all’art. 7, comma 1, esclude dalla cognizione del giudice amministrativo «gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell’esercizio del *potere politico*»³⁵. Dalla qualificazione di un atto come “politico” deriva quindi l’importante effetto della *sottrazione dalla tutela giurisdizionale garantita in via generale dall’articolo 113 della Costituzione*³⁶, tanto che, nell’elaborazione dei concetti di atto politico e atto amministrativo, meriterà di essere presa in considerazione anche la casistica giurisprudenziale, non essendo infrequente la possibilità che – in un

³⁴ Art. 31 Regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, abrogato dall’art. 4, comma 1, punto 4), dell’allegato 4 al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il quale stabiliva: «Il ricorso al consiglio di Stato in sede giurisdizionale non è ammesso se trattasi di atti o provvedimenti emanati dal Governo nell’esercizio del potere politico».

³⁵ Art. 7, comma 1 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Analoga disposizione era prevista dal Testo unico sul Consiglio di Stato (si veda la nota precedente).

³⁶ Che stabilisce: «Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. - Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. - La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa».

giudizio su di un atto davanti ad un tribunale amministrativo – venga sollevata l'*eccezione di politicità* da parte dell'ente pubblico che ha emesso l'atto in questione.

La circostanza di svolgere un'attività – quella di indirizzo politico – i cui atti sono sottratti al sindacato giurisdizionale nella sfera del diritto amministrativo potrebbe rappresentare – ed è un'ipotesi che tenteremo di verificare – *un utile criterio intrasistemico* per distinguere in qualche modo, *anche agli effetti penali*, la situazione giuridica di chi svolge un incarico politico/elettivo da quella della massa indistinta dei pubblici ufficiali. L'insindacabilità da parte del giudice amministrativo, infatti, riguarda esclusivamente atti caratterizzati da un'ampia discrezionalità ed autonomia, che competono generalmente a chi ricopre un incarico per elezione o in forza di un rapporto fiduciario con un "eletto".

Attraverso un *excursus* nel diritto amministrativo, cercheremo di compendiare, nelle pagine che seguono, l'elaborazione – da parte delle dottrine e della giurisprudenza – dei concetti di *attività di indirizzo politico o di governo*, di *attività amministrativa*, di *atto politico e amministrativo*.

2.2.1. *La distinzione tra indirizzo politico e amministrazione nelle leggi che definiscono la struttura organizzativa della p.a.*

Con il concetto di '*indirizzo politico*' si è soliti indicare, nel diritto amministrativo, quell'attività di predeterminazione dei fini ultimi e più generali cui deve tendere l'azione statale, nonché di scelta dei mezzi ritenuti più idonei per il conseguimento dei fini stessi³⁷. Autorevole dottrina ha individuato tre diverse fasi dell'attività di indirizzo politico: una prima fase, *teleologica*, in cui vengono determinati i *fini* dell'azione statale; una seconda fase, *strumentale*, in cui vengono predisposti i *mezzi* necessari per il conseguimento di tali fini; una terza fase, *effettuale*, dedicata all'adozione degli atti nei quali i fini trovano attuazione³⁸.

Le attività dell'amministrazione che vengono definite *politiche* sono quelle *libere nella scelta delle finalità*³⁹ che – dopo l'entrata in vigore della Costituzione, che ha

³⁷ Cfr. E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., p. 63.

³⁸ Cfr. T. MARTINES, sub *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, Milano, 1971, p. 134 ss.

³⁹ Cfr. sempre E. CHELI, *Atto politico*, cit., p. 111 (*ivi*, anche nella nota n. 83), il quale precisa che questa libertà non è, tuttavia, da intendersi come assoluta, ma circoscritta dalla presenza di una Costituzione

determinato una forte distribuzione di sovranità tra diversi organi – sono state ritenute in prevalenza appannaggio di tutti gli organi costituzionali direttamente collegati alle forze di maggioranza, ovvero il *Corpo elettorale*, il *Parlamento* e il *Governo*⁴⁰. Quest'ultimo in particolare è riconosciuto come il vero organo direzionale dello Stato, il quale precisa e concretizza la fisionomia della politica inizialmente delineata nelle scelte della base popolare e parlamentare. L'azione governativa non è tuttavia considerata come esclusivamente "politica" ma si sviluppa su due livelli, politico e amministrativo. È qui che trova collocazione la c.d. *attività di alta amministrazione*, momento di congiunzione tra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Si tratta, come mostreremo tra breve⁴¹, di un'attività amministrativa immediatamente esecutiva dell'indirizzo politico; ovvero, in altri termini, di una forma di azione amministrativa caratterizzata da *un livello altissimo di discrezionalità*, ma pur sempre distinta dall'indirizzo politico che è chiamata ad attuare⁴².

Un'attività rientrante all'interno della funzione amministrativa, ma *libera nella scelta delle finalità* e allo stesso tempo sottratta al sindacato giurisdizionale, si distingue certamente dall'attività amministrativa comune. Bisogna tuttavia intendersi, e lo faremo tra breve, su quali siano i singoli atti – *politici* – nei quali prende forma tale tipo di attività.

Il concetto di *indirizzo politico*, elaborato dalla dottrina già prima dell'avvento della Carta costituzionale, trova diretto riscontro nella legislazione vigente in materia di p.a. A partire dagli anni '90 ed in un numero sempre maggiore di disposizioni di legge si fa infatti riferimento alla struttura dell'amministrazione distinguendo gli organi di indirizzo politico da quelli semplicemente amministrativi, in applicazione del *principio della distinzione tra indirizzo politico e gestione amministrativa*.

La necessità di tenere separati il momento *politico* da quello *amministrativo* – secondo la dottrina maggioritaria⁴³ – trova fondamento direttamente nella Costituzione e già nel dibattito dell'Assemblea costituente era emersa quale ineludibile esigenza. Di

rigida che ne delimita a sua volta l'oggetto, ovvero il campo d'azione entro il quale gli organi che svolgono l'attività di indirizzo possono determinare le proprie finalità.

⁴⁰ Per un sguardo al problema della partecipazione alla funzione d'indirizzo politico da parte del Presidente della Repubblica e della Corte costituzionale si veda anche G. GROTTANELLI DE SANTI, sub *Indirizzo politico*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 1 ss.

⁴¹ Cfr. *infra* par. 2.2.4.

⁴² Cfr. F. CHELI, *Atto politico*, cit., p. 160.

⁴³ Cfr. *infra* nota n. 47.

tale istanza si era, infatti, fatto portatore Costantino Mortati che – nel dibattito circa la formulazione dell’art. 97 Cost. – aveva affermato la necessità di includere nella Costituzione alcune norme riguardanti la pubblica amministrazione. Lo scopo di questo inserimento era quello di «assicurare ai funzionari alcune garanzie per sottrarli alle influenze dei partiti politici», così da «tendere a garantire una certa indipendenza ai funzionari dello Stato, per avere un’amministrazione obiettiva della cosa pubblica e non un’amministrazione dei partiti»⁴⁴. Per questa ragione era stata quindi proposta una norma costituzionale di questo tenore: «ogni ministro dirige l’amministrazione ad esso affidata. Nell’ambito delle sue direttive, i funzionari dirigenti dei vari servizi assumono la diretta responsabilità per gli atti inerenti ai medesimi. I pubblici impiegati sono al servizio della Nazione ed è garantita la loro piena indipendenza da influenze politiche»⁴⁵. La preoccupazione del costituente fa emergere d’altra parte un punto emblematico di tensione di tutte le democrazie liberali, strette, da un lato, dalla necessità di garantire la democraticità dell’amministrazione – attraverso la supremazia degli organi politici formati attraverso elezioni libere – dall’altro, dall’imparzialità o neutralità, ovvero dal dovere della p.a. di trattare in modo uguale tutti i cittadini⁴⁶.

Nonostante il mancato recepimento della proposta di Mortati, si è da più parti sottolineato come gli articoli della Costituzione lascino in ogni caso intravedere un’opzione di fondo in favore di una *distinzione tra indirizzo politico e gestione amministrativa* e ciò grazie alla lettura trasversale dei principi costituzionali di *autonomia, legalità, imparzialità e buon andamento*⁴⁷.

Come autorevolmente affermato da Franco Bassanini, sarebbero in particolare tre i principi costituzionali che legittimano l’accoglimento nella nostra legislazione ordinaria

⁴⁴ *Atti dell’Assemblea costituente*, II sottocommissione, I sezione, seduta del 14 gennaio 1947, in www.legislature.camera.it.

⁴⁵ Dà conto di questa proposta A. PATRONI GRIFFI, *La dimensione costituzionale del rapporto tra politica e amministrazione nel dettato della Costituzione e nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Il lav. pubbl. amm.*, 2009, p. 274.

⁴⁶ Cfr. C. D’ORTA, *La riforma della dirigenza: dalla sovrapposizione alla distinzione fra politica e amministrazione?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. I, 1994, p. 151-152.

⁴⁷ Cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica*, Napoli, 2002, p. 75 ss. Si veda inoltre per il fondamento costituzionale di questa impostazione e la sua evoluzione L. CARLASSARE, *Politica e amministrazione nella Costituzione italiana*, in *Indirizzo politico e Costituzione. A quarant’anni dal contributo di Temistocle Martines*, Milano, 1998, p. 67 ss.; V. BACHELET, *Evoluzione del ruolo e delle strutture della pubblica amministrazione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. II, Milano, 1977, p. 1 ss.

della distinzione tra politica e amministrazione⁴⁸. Dapprima il *buon andamento*, menzionato all'art. 97 Cost., che permette l'attuazione del principio di ordine generale secondo cui le amministrazioni pubbliche, nel loro insieme, sono gli strumenti per la garanzia e l'attuazione dei diritti fondamentali riservati ai cittadini dalla Carta fondamentale. Quindi il *principio democratico*, in forza del quale la legittimazione a stabilire come in concreto si deve realizzare l'obiettivo di tutelare e realizzare i diritti dei cittadini è attribuita all'autorità politica espressa dal voto popolare, che indica gli obiettivi da raggiungere e definisce le politiche pubbliche. Da ultimo, il *principio di imparzialità dell'amministrazione*, ovvero la necessità che i suoi dirigenti e dipendenti siano al servizio esclusivo della Nazione e che nell'organizzare e gestire i servizi pubblici la p.a. non privilegi o discrimini nessun cittadino⁴⁹.

La legislazione ordinaria si è quindi adeguata, seppur con ritardo, a questa impostazione. Il *principio della distinzione tra indirizzo politico e gestione amministrativa* è stato codificato per la prima volta dall'art. 51 della legge 6 giugno 1990, n. 142 nell'ambito dell'ordinamento delle autonomie locali, e poi adottato per tutti i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, prima nel d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, ed oggi confluito nel già menzionato art. 4 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche)⁵⁰.

Quest'ultimo, come accennavamo in avvio, prevede al primo comma che «gli organi di governo esercitano le funzioni di *indirizzo politico-amministrativo*, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare ed adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni, e verificano la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti». Al comma 4 vengono invece menzionati i compiti dei dirigenti, specificandosi che a questi «spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Essi sono responsabili in via esclusiva dell'*attività amministrativa*, della

⁴⁸ Cfr. F. BASSANINI, *Indirizzo politico, imparzialità della p.a. e autonomia della dirigenza, principi costituzionali e disciplina legislativa*, in *Nuova Rassegna*, 2008, p. 2257.

⁴⁹ *Ivi*, p. 2258-2259.

⁵⁰ Cfr. C. COLAPIETRO, *Politica e amministrazione: riflessioni a margine di un rapporto controverso*, in www.federalismi.it, 16 maggio 2012.

gestione e dei relativi risultati». Riferendosi in seguito in modo specifico alla figura del *ministro*, l'art. 14 sancisce che a questi sono riservate le funzioni di *indirizzo politico amministrativo* di cui all'art. 4, comma 1 del medesimo decreto legislativo.

Per quanto attiene, invece, all'ordinamento degli *enti locali*, il d.lgs. 18 agosto 2000, n. 227 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) dispone all'art. 90 (Uffici di supporto agli organi di direzione politica) che «il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi può prevedere la costituzione di uffici posti alle dirette dipendenze *del sindaco, del presidente della provincia, della giunta o degli assessori, per l'esercizio delle funzioni di indirizzo e di controllo loro attribuite dalla legge*». La conferma di questa separazione di competenze si trae anche dall'art. 107 che – nel definire i compiti della dirigenza – sancisce che: «spetta ai dirigenti la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti. Questi si uniformano al principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo».

Dalla lettura di queste disposizioni discende quindi la conclusione che gli agenti pubblici che ricoprono un incarico c.d. politico/elettivo – quantomeno a livello statale (ministri) e locale (sindaci, presidenti di Provincia, assessori comunali e provinciali) – sono legislativamente investiti di una *funzione di indirizzo politico*, che la legge distingue espressamente dalle restanti competenze dell'amministrazione.

La distinzione tra *momento politico* e *momento amministrativo* è d'altra parte recepita anche a *livello regionale*. Gli statuti delle diverse Regioni prevedono infatti disposizioni in tutto e per tutto analoghe a quelle che abbiamo appena menzionato⁵¹.

⁵¹ Per esempio lo Statuto della Regione Lombardia all'art. 49 (Ordinamento degli uffici regionali) così dispone: «È applicato il principio della distinzione tra i compiti di indirizzo degli organi di direzione politica e i compiti di gestione amministrativa dei dirigenti». Allo stesso modo lo Statuto della Regione Lazio: art. 48, comma 3 (Funzioni amministrative). «La Giunta applica, nell'ambito del proprio ordinamento, il principio della distinzione tra indirizzo politico-amministrativo e controllo, spettanti agli organi di governo, e attuazione e gestione, spettanti ai dirigenti». Analogamente l'art. 62, comma 1 (Principi dell'organizzazione regionale) dello Statuto della Regione Emilia Romagna: «L'organizzazione regionale si basa sul principio della distinzione tra le funzioni di indirizzo politico-amministrativo e di controllo e le funzioni d'attuazione e di gestione. La competenza generale all'adozione degli atti amministrativi d'attuazione e di gestione, in tutti i casi in cui lo Statuto o la legge regionale non dispongono diversamente, spetta alla dirigenza, sulla base e in attuazione degli atti deliberati dagli organi della Regione. I dirigenti sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa e della gestione di loro competenza, nonché dei relativi risultati».

L'assetto organizzativo che abbiamo fin qui descritto fa d'altra parte da sfondo anche alla c.d. *legge anticorruzione* n. 190 del 2012 che ammette, tanto a livello statale, quanto a livello regionale e locale, la presenza di *organi di indirizzo politico*. Così il comma 35 dell'art. 1 – nel vincolare il Governo all'obbligo di adottare misure per il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni – impone di precisare gli obblighi di pubblicità dei dati relativi ai *titolari di incarichi politici, di carattere elettivo o comunque di esercizio di poteri di indirizzo politico, di livello statale, regionale e locale*. Allo stesso modo il comma 39 sancisce che, al fine di rafforzare la separazione e la reciproca autonomia tra organi di indirizzo politico e organi amministrativi, le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 – ovvero, tra le altre, le Regioni, le Province, i Comuni – comunicano al Dipartimento della funzione pubblica tutti i dati utili a rilevare le posizioni dirigenziali attribuite a persone individuate discrezionalmente dall'organo di indirizzo politico senza procedure pubbliche di selezione.

La differenziazione tra la *funzione di indirizzo politico* e l'ordinaria *attività amministrativa* impernia oramai la legislazione in materia di organizzazione della p.a., tanto che gli organi che abbiamo definito “politici” – eletti o nominati in via fiduciaria da un eletto – assumono competenze e prerogative peculiari, anche nell'ambito dell'assetto amministrativo di prevenzione della corruzione, che si distinguono da quelle della restante massa dei pubblici ufficiali.

È il diritto positivo dunque che – sulla scorta delle indicazioni costituzionali – attribuendo agli organi “politici” di qualsiasi livello territoriale la *funzione di indirizzo*, individua un criterio oggettivo sulla cui base fondare una ragionevole distinzione dei “politici” dai pubblici ufficiali. Vediamo ora, di seguito, quali sono i singoli atti – *politici* – che concretizzano tale tipo di attività e se anche da tale nozione si possano ricavare argomenti utili per distinguere i “politici” dalla macro-categoria dei pubblici ufficiali.

2.2.2. Il concetto di 'atto politico' a livello statale nella elaborazione della dottrina

Diretta espressione dell'attività di indirizzo politico sono i *c.d. atti politici* i quali – a norma dell'art. 7 del codice del processo amministrativo⁵² – sono sottratti, come si è detto, al sindacato giurisdizionale. Diverse sono le teorie formulate negli anni nel tentativo di precisare i confini di questa categoria di atti⁵³.

Una prima tesi ha definito gli atti politici partendo dal presupposto che questi rientrassero nell'ambito degli atti formalmente amministrativi ed individuandoli come quegli atti sostanzialmente imputabili alla volontà di un organo di governo, formati sulla base di motivi estranei all'ordine giuridico e quindi dotati di una *legittimità necessaria*, insindacabile dal giudice amministrativo⁵⁴. A quest'impostazione se ne è contrapposta una seconda che, dando autonoma rilevanza all'attività politica, ha messo in luce come quest'ultima – dopo l'avvento della Costituzione – abbia acquistato un'identità chiara e precisa all'interno della funzione amministrativa, tanto da potersi affermare che le funzioni statuali sarebbero quattro: normativa, giurisdizionale, politica, amministrativa. Ne conseguirebbe che l'atto politico costituisce *la manifestazione tipica della funzione politica e di governo*: atto attraverso cui si estrinsecano «l'attività di direzione suprema della cosa pubblica e l'attività di coordinamento e controllo delle singole manifestazioni in cui la direzione stessa si estrinseca»⁵⁵. Quest'ultima attività è posta in essere dagli organi costituzionali investiti della funzione d'indirizzo ed è caratterizzata da un elemento di *libertà nel fine*⁵⁶. Tale categoria di atti sarebbe quindi immediatamente esecutiva della Costituzione, libera nelle forme e indipendente dalla gerarchia delle fonti, potendo provenire da diversi organi. Secondo taluno, tra gli atti politici si può di conseguenza distinguere tra atti con forza di legge, atti con forza giurisdizionale e atti formalmente amministrativi⁵⁷; quest'ultimi ascrivibili – in ragione della loro forte valenza politica, della provenienza dagli organi di vertice del sistema e della non immediata riferibilità a

⁵² E prima ancora dell'art. 31 del Testo unico sul Consiglio di Stato: art. 31 Regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, abrogato dall'art. 4, comma 1, punto 4), dell'allegato 4 al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

⁵³ Per un *excursus* sintetico sulle diverse nozioni di atto politico si veda P. BARILE, sub *Atto di governo (e atto politico)*, cit., p. 221 ss.

⁵⁴ Cfr. E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., p. 271.

⁵⁵ M. NIGRO, *Lineamenti generali*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984, p. 800 ss.

⁵⁶ Cfr. F. CHELI, *Atto politico*, cit., p. 181.

⁵⁷ Cfr. G.B. GARRONE, *Atto politico (disciplina amministrativa)*, cit., p. 546.

single situazioni soggettive attive – non alla funzione amministrativa, ma alla nuova funzione di indirizzo politico⁵⁸.

Con esclusivo riferimento all'ambito statale⁵⁹, sono stati così da più parti ricompresi nella categoria degli atti politici: «l'elezione del Presidente della Repubblica, dei cinque giudici costituzionali e dei componenti del Consiglio Superiore della Magistratura di scelta parlamentare; la messa in stato d'accusa del Presidente della Repubblica e dei membri del Governo da parte delle due Camere in seduta comune; l'approvazione delle leggi, i voti di fiducia e le mozioni di sfiducia al Governo da parte delle singole Camere e gli altri atti di queste aventi funzione di controllo politico e di impulso nei confronti del Governo; alcuni atti del Governo abbinati della partecipazione del Presidente della Repubblica, quali i decreti legislativi e i decreti-legge, gli atti di nomina dei ministri e dei sottosegretari, gli atti di iniziativa legislativa, quelli di conferimento delle onorificenze, gli atti di ratifica dei trattati internazionali, quelli di nomina e accettazione dei rappresentanti diplomatici, quelli di dichiarazione di guerra, e in genere gli atti relativi ai rapporti internazionali; alcuni atti di competenza esclusiva del Governo, quali le deliberazioni del Consiglio dei ministri di porre la questione di fiducia su certi provvedimenti sottoposti all'approvazione delle Camere, le deliberazioni di intervenire in difesa delle leggi impugnate nei giudizi innanzi alla Corte costituzionale, gli atti di controllo sulle deliberazioni e sugli organi delle Regioni»⁶⁰.

2.2.3. (Segue). *L'atto politico nella casistica giurisprudenziale*

Interessanti indicazioni in ordine alla ricostruzione della nozione di *atto politico* possono trarsi dall'esame della casistica giurisprudenziale. Dopo l'avvento della Costituzione, la giurisprudenza si è tendenzialmente orientata nella direzione della massima tutela delle situazioni giuridiche soggettive individuali, adottando una concezione di atto politico molto restrittiva. Così facendo si è ridotto al minimo il novero degli atti insindacabili in sede giurisdizionale, in modo da dare piena applicazione al principio di effettività e pienezza della tutela di cui all'art. 113 Cost.⁶¹:

⁵⁸ *Ivi*, p. 548.

⁵⁹ Cfr. *infra* par. 2.2.5 sul problema degli atti politici a livello locale.

⁶⁰ Così testualmente A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 20.

⁶¹ Cfr. C. TUBERTINI, *Atti politici e di alta amministrazione*, cit., p. 517-518.

disposizione questa che sancisce come, contro gli atti della pubblica amministrazione, sia sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa, e che tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.

La giurisprudenza amministrativa maggioritaria è solita qualificare un atto come *politico* in presenza di due requisiti:

a) dal punto di vista *sogettivo*, «deve trattarsi di un atto emanato dal Governo (statale o locale⁶²), e cioè dall'autorità cui compete, altresì, la funzione d'indirizzo politico e di direzione al massimo livello della cosa pubblica»;

b) sotto il profilo *oggettivo*, poi, «deve trattarsi d'un atto o d'un provvedimento emanato nell'esercizio di un potere politico, anziché nell'esercizio di un'attività meramente amministrativa»⁶³.

Nell'intento di riconoscere sempre la possibilità di agire a tutela di un diritto o di un interesse legittimo, la giurisprudenza ha altresì proposto nuovi criteri formali di identificazione dell'*atto politico* che danno poco rilievo al suo oggetto ed al suo fine. Così il Consiglio di Stato ha affermato che è atto politico solo quello che non ha contenuto provvedimentale e non è dunque in grado, per sua natura generale, di ledere le posizioni giuridiche individuali. Altre pronunce della medesima autorità sostengono, invece, che un atto non può dirsi *politico* – e quindi insindacabile – se questo è espressione di un potere regolamentato⁶⁴. Da ultimo, emerge la tendenza a ritenere prevalenti, sulle norme italiane in materia di atti politici, i principi internazionali sull'indefettibilità della tutela giurisdizionale, contenuti per esempio nella Convenzione europea dei Diritti dell'uomo⁶⁵.

In applicazione di tali argomentazioni, la giurisprudenza è sempre più incline a disconoscere la qualificazione di un atto come politico, ampliando nel contempo la

⁶² Cfr. *infra* par. 2.2.5.

⁶³ G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto*, cit., p. 375-376, il quale fa riferimento in particolare a Cons. St., sez. V, 6 ottobre 2009, n. 6094, in *Foro amm. Cds.*, 2009, p. 2320; Cons. St., sez. V, 6 maggio 2011, n. 2718, in *Foro amm. Cds.*, 2011, p. 1531.

⁶⁴ Cfr. *infra* par. 2.2.5. per la giurisprudenza sull'atto politico a livello locale.

⁶⁵ Cfr. M. PERINI, *Atto politico e atto di governo (postilla di aggiornamento)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2007, p. 2 e gli ampi riferimenti giurisprudenziali *ivi* richiamati.

categoria dei c.d. *atti di alta amministrazione*, sottoposti – al contrario – al sindacato giurisdizionale⁶⁶.

Tra i pochi atti di cui la giurisprudenza afferma senz'altro la natura politica si possono invece ancora annoverare – seppur con alcune eccezioni – quelli che attengono alle *relazioni internazionali*. A questo proposito è stato ritenuto atto politico il decreto ministeriale sospensivo delle autorizzazioni al trasporto internazionale nei confronti dell'Austria; i provvedimenti ministeriali con i quali si è revocata l'autorizzazione all'esportazioni di navi da guerra a favore della marina irachena; l'assenso del Governo italiano all'ampliamento della base militare americana di Vicenza⁶⁷.

2.2.4. *I c.d. atti di alta amministrazione*

Altra tipologia rilevante ai fini della nostra indagine è il c.d. *atto di alta amministrazione*, il cui sviluppo nella prassi è andato di pari passo con il progressivo svuotamento del genere dell'atto politico. Come già accennato in precedenza, l'*atto di alta amministrazione* corrisponde ad una forma di azione amministrativa caratterizzata da un livello altissimo di discrezionalità, ma pur sempre distinta dall'indirizzo politico che è chiamata ad attuare in primo grado⁶⁸.

In sede giurisprudenziale il Consiglio di Stato con la formula *atto di alta amministrazione* si è riferito a quell'atto, adottato dall'organo politico in un clima di "fiduciarità", ma – a differenza dell'atto politico – espressivo di una *potestas* vincolata nel fine e soggetta al principio di legalità. Gli atti di alta amministrazione sono una *species* del più ampio *genus* degli atti amministrativi e soggiacciono pertanto al relativo regime giuridico, ivi compreso il sindacato giurisdizionale, sia pure con talune peculiarità connesse alla natura spiccatamente discrezionale degli stessi. Infatti, «il controllo del giudice non è della stessa ampiezza di quello esercitato in relazione ad un qualsiasi atto amministrativo, ma si appalesa meno intenso e circoscritto alla rilevazione di manifeste illogicità formali e procedurali

⁶⁶ Cfr. per un approfondimento *infra* par. 2.2.4.

⁶⁷ Cfr. rispetto a questi provvedimenti G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto*, cit., p. 375.

⁶⁸ Specificatamente sul tema dell'alta amministrazione si veda in dottrina, G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973; F. CUOCOLO, *Alta amministrazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, p. 1 ss.; G.B. GARRONE, *Atto di alta amministrazione*, in *Dig. pubbl.*, Torino, 1987, p. 538.

(...)»⁶⁹. Nel tracciare la differenza tra atti politici e atti di alta amministrazione, il Consiglio di Stato ha quindi affermato che, mentre gli atti politici costituiscono espressione della libertà (politica) commessa dalla Costituzione ai supremi organi decisionali dello Stato per la soddisfazione di esigenze unitarie ed indivisibili e sono liberi nella scelta dei fini, gli atti amministrativi, anche quando sono espressione di ampia discrezionalità, *sono comunque legati ai fini posti dalla legge*.

Se ne deduce quindi che solo un numero estremamente ristretto di atti non è soggetto al controllo giurisdizionale: si tratta di quegli atti – *politici* – in cui si realizzano scelte di specifico rilievo costituzionale, che non sarebbe corretto qualificare come amministrativi e in ordine ai quali l'intervento del Giudice determinerebbe un'interferenza del potere giudiziario nell'ambito di altri poteri⁷⁰.

Nella giurisprudenza amministrativa si è affermato tuttavia – ed è interessante notarlo anche nell'ottica del prosieguo della nostra trattazione⁷¹ – che, proprio per scongiurare questa possibile interferenza del potere giudiziario su atti che hanno comunque un qualche *contenuto politico-discrezionale*, quando vengono in rilievo *atti di alta amministrazione*, il *sindacato del giudice amministrativo dovrà essere circoscritto esclusivamente all'esame degli eventuali vizi di legittimità* e non potrà sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'organo di governo dell'ente. Con riferimento, ad esempio, ad un atto di nomina assessorile il Consiglio di Stato⁷² ha sancito che «l'elevato contenuto discrezionale che connota le valutazioni di opportunità che ispirano la composizione della Giunta e l'individuazione dei suoi membri, in ragione del rapporto di natura fiduciaria che si instaura tra assessori e sindaco, rende agevole l'inquadramento dell'atto di nomina dell'organo giuntale tra quelli di alta amministrazione, (...) con conseguente sottoposizione al sindacato giurisdizionale sotto il profilo, non dell'opportunità della scelta, ma dell'osservanza delle disposizioni che

⁶⁹ Cons. St., sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502, in *DeJure*.

⁷⁰ Cfr. *Ibidem*.

⁷¹ Cfr. *infra* cap. III, par. 4 ss., per un approfondimento sui concetti di “atto discrezionale” e “merito amministrativo”.

⁷² Cfr. Tar Roma, sez. II, 21 gennaio 2013, n. 633, § 4, in *DeJure*. Nello stesso senso anche Tar Salerno, sez. II, 5 dicembre 2012, n. 2251, in *DeJure*. Ritiene invece che tali atti rientrino all'interno di una sorta di zona grigia fra gli atti politici e quelli di alta amministrazione, quest'ultimi sottoposti ad una sindacabilità piena da parte del giudice amministrativo, E. LORIA, *Con la valutazione esclusiva del sindaco cade l'obbligo della comunicazione d'avvio*, in *Guida al diritto*, 10 marzo 2007, n. 10, p. 76. Con riferimento al tema dell'ampiezza del sindacato giurisdizionale per quanto riguarda però le decisioni del Csm cfr. Cons. St., sez. IV, 10 luglio 2007, n. 3893, con nota di G.M. SALERNO, *Sul potere discrezionale del Csm una giurisdizione circoscritta*, in *Guida al diritto*, 28 luglio 2007, n. 30, p. 81 ss.

attribuiscono, disciplinano e conformano il relativo potere (sia pur latamente) discrezionale e, dunque, con riferimento ai canoni della ragionevolezza, coerenza ed adeguatezza motivazionale»⁷³.

Tra gli atti classificati dalla giurisprudenza come di *alta amministrazione* possono menzionarsi: lo scioglimento dei consigli comunali per infiltrazioni mafiose, il cui decreto assolve alla funzione di salvaguardare la corretta funzionalità dell'amministrazione pubblica⁷⁴; la delibera di nomina del Consiglio dei ministri a Vice Avvocato generale dello Stato, «espressione di un potere pubblicistico autoritativo, di contenuto discrezionale, volto alla cura di interessi connessi al perseguimento delle finalità della pubblica amministrazione»⁷⁵; gli atti di nomina e di revoca delle più alte cariche dell'amministrazione dello Stato, come quella di Comandante generale della Guardia di Finanza; nomine che, pur assunte

⁷³ Dalla lettura della pronuncia qui richiamata si può dunque concludere che – per quel che riguarda il merito, ovvero il contenuto intrinseco del provvedimento – non solo gli atti politici, ma anche i c.d. atti di alta amministrazione sono sottratti al sindacato del giudice amministrativo. Le scelte ampiamente discrezionali degli organi di governo di un ente nell'esercizio del proprio potere di indirizzo non possono dunque essere sovvertite nel merito dal giudice, al quale compete esclusivamente un controllo formale o di legittimità. Cfr. a questo proposito la tesi di V. FANTI, *L'atto politico nel governo degli enti locali*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 518-519, che – nell'intento di andare oltre alla categoria degli atti politici – afferma che esiste un ulteriore criterio per distinguere atti totalmente discrezionali (seppur amministrativi) degli organi di governo di un ente con i quali si pone in essere un'attività volta alla scelta dei fini da perseguire. Tale criterio va rintracciato tra le regole del processo amministrativo sull'estensione del sindacato giurisdizionale e in particolare nel c.d. *concetto di merito amministrativo*. Quando un organo di governo di un ente – esercitando il proprio potere di indirizzo – realizza un atto totalmente discrezionale, nel quale è sottesa una vera e propria scelta di merito, il sindacato del giudice amministrativo dovrà essere circoscritto esclusivamente all'esame degli eventuali vizi di legittimità e non potrà sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'organo di governo dell'ente. In esito a queste considerazioni si giunge a mettere in dubbio la perdurante utilità della categoria dell'atto politico: l'obiettivo di giustificare l'insindacabilità dell'atto emanato dal Governo nell'esercizio della sua funzione di indirizzo e di direzione suprema dello Stato e degli atti emanati dagli organi di vertice del governo delle amministrazioni locali, si raggiunge molto più agevolmente facendo rientrare tali atti all'interno del concetto di *merito amministrativo*, da cui consegue la loro sindacabilità esclusivamente sotto il profilo della legittimità. Si veda anche M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, Napoli, 2009, p. 144 ss., la quale ha sostenuto – ed è interessante notarlo ai nostri fini – che in virtù del fatto che l'attività di alta amministrazione implica una discrezionalità al massimo grado nell'esercizio delle proprie funzioni, la titolarità di questo potere deve spettare ad organi politicamente responsabili. E ciò sulla base dell'art. 95 Cost., il quale riserva il potere di indirizzare l'attività dei pubblici poteri al presidente del Consiglio ed ai ministri. Da ciò discende il principio – valevole non solo per l'amministrazione statale – per cui «per indirizzare l'azione dei pubblici poteri occorre essere legittimati dalla sovrana volontà popolare o in modo diretto o indirettamente, con conseguente assunzione di responsabilità politica nei confronti dell'organo elettivo». Ne consegue pertanto che – nell'ordinamento attuale – tra i titolari di poteri di alta amministrazione vengono menzionati, oltre agli organi che compongono l'esecutivo statale (Consiglio dei ministri, presidente del Consiglio dei ministri e ministri), la triade di organi di governo degli enti territoriali ad autonomia costituzionalmente garantita (Giunta regionale, presidente della Regione, assessori regionale; Giunta comunale, sindaco, assessori).

⁷⁴ Cfr. Cons. St., sez. III, 24 febbraio 2016, n. 748, in *DeJure*.

⁷⁵ Cons. St., sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4375, in *DeJure*.

sulla base di criteri eminentemente fiduciari ed espressione di un elevato potere discrezionale dell'amministrazione, costituiscono atti di alta amministrazione come tali soggetti a parametri di legittimità e alle disposizioni contenute nella legge generale sul procedimento amministrativo⁷⁶; il provvedimento di revoca di un membro del C.d.A. della Rai⁷⁷; la delibera per il conferimento dell'ufficio di Primo Presidente della Corte di cassazione da parte del Consiglio superiore della magistratura⁷⁸; il decreto del ministro della giustizia che concede l'extradizione per l'estero⁷⁹; l'atto di nomina di un assessore della Giunta regionale⁸⁰.

2.2.5. *Indirizzo politico e atto politico a livello locale nella elaborazione della dottrina e nella casistica giurisprudenziale*

Fino ad ora abbiamo considerato i concetti di *indirizzo politico* e di *atto politico* nella prospettiva statale. Ci si chiede d'altra parte se queste categorie possano trovare applicazione anche con riferimento agli enti regionali e comunali. In altre parole, quello che ci si vuole domandare è se l'attività di un presidente di Regione, di un sindaco, degli assessori regionali e comunali possa assumere in qualche modo le caratteristiche dell'attività di indirizzo politico ed esplicitarsi quindi attraverso *atti politici*, liberi nel fine e quindi sottratti al sindacato giurisdizionale.

Già prima dell'avvento della riforma dell'ordinamento degli enti locali (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 227) e di quella costituzionale del Titolo V, che hanno inciso

⁷⁶ Cfr. Tar Lazio, sez. II, 15 dicembre 2007, n. 13361, in *Giur. mer.*, V, 2008, p. 1440, con nota di A. PAVAN, *Anche la revoca delle più alte cariche dell'amministrazione dello Stato è soggetta al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo*.

⁷⁷ Cfr. Tar Lazio, sez. III, 8 novembre 2007, n. 11271, in *DeJure*. Su questa decisione e su quella citata nella nota precedente cfr. C. CARUSO, *I casi "Speciale", "Petroni", "Sgarbi": sindacabilità dell'atto politico?*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 381 ss.

⁷⁸ Cfr. Cons. St., sez. IV, 10 luglio 2007, n. 3893, in *DeJure*.

⁷⁹ Cfr. Cons. St., sez. IV, 15 giugno 2007, n. 3286, in *DeJure* nella quale si afferma che: «il decreto di estradizione non ha, a differenza degli atti di stipula e adesione a Trattati o Convenzioni in materia, natura di atto politico, trattandosi di una determinazione, sia pure latamente discrezionale, che non coinvolge immediatamente interessi superiori dello Stato ma provvede su un oggetto specifico e circoscritto, disponendo in modo diretto e immediato di interessi essenzialmente individuali; pertanto, trattandosi di atto di alta amministrazione esso è sindacabile da parte del giudice amministrativo, ma all'interno di due limiti, potendo detto sindacato riguardare i soli aspetti del provvedimento che siano discrezionali e quindi lesivi di interessi legittimi, non sussistendo in materia alcuna ipotesi di giurisdizione esclusiva, ma non potendo comunque investire direttamente il merito di una scelta che l'ordinamento configura come latamente discrezionale».

⁸⁰ Cfr. Cons. St., sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502, cit.; sulla vicenda, su cui torneremo tra breve in modo più approfondito, si è pronunciata anche la Corte costituzionale – con la sentenza Corte cost., 5 aprile 2012, n. 81 – in sede di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato.

ampiamente sulla struttura organizzativa degli enti territoriali, tale quesito è stato oggetto dell'attenzione della dottrina che si è occupata, a titolo generale, della elaborazione della categoria dell'atto politico. In passato – in ragione della formulazione dell'art. 31 del Testo unico sul Consiglio di Stato che escludeva il ricorso giurisdizionale solo con riferimento agli atti o provvedimenti emanati dal *Governo* nell'esercizio del *potere politico* – era prevalente l'opinione secondo cui si dovesse negare la sussistenza di atti di natura politica a livello locale; tanto che la giurisprudenza connotava come politici solo gli atti relativi alla direzione suprema e generale dello Stato, considerato nella sua unità e nelle sue istituzioni fondamentali. In dottrina tuttavia vi era chi – molto prima delle cennate riforme che hanno introdotto a livello legislativo la differenza tra *indirizzo politico* e *amministrazione*⁸¹ – riferendosi esclusivamente agli organi delle Regioni, ammetteva la possibilità di qualificarli come «soggetti costituzionali, sia per il fatto di trovare nella Costituzione, oltre al fondamento dell'esistenza, la disciplina della competenza, sia per il fatto di risultare investite di talune attribuzioni fondamentali suscettibili di incidere direttamente sull'area delle attività costituzionali dello Stato»⁸². Da ciò derivava la conseguenza che le Regioni erano ritenute detentrici di una funzione di *indirizzo politico regionale* caratterizzata da un elemento di libertà nel fine, ovvero da «quell'attività diretta a tradurre sul terreno giuridico determinate scelte politiche operate dalle forze della maggioranza regionale, che possono nei loro orientamenti non coincidere ma addirittura contrapporsi alle forze che ispirano l'indirizzo politico statale»⁸³.

Più problematico si sosteneva essere, al contrario, il riconoscimento in quel momento dell'esistenza di una funzione d'indirizzo politico affidata agli *enti pubblici territoriali diversi dalle Regioni*. La stessa dottrina che ha ammesso la funzione di indirizzo politico di quest'ultime ha affermato, infatti, che gli organi degli enti comunali e provinciali non potevano dirsi investiti di potere politico ma risultavano costantemente vincolati ai fini posti nelle leggi ordinarie, muovendosi in uno spazio che non è costituzionale ma amministrativo. Ne è discesa quindi l'affermazione che l'azione dei Comuni e delle Province – enti amministrativi non costituzionali – si risolve interamente nell'ambito dell'esecuzione della legge

⁸¹ Cfr. *supra* par. 2.2.1.

⁸² E. CHELI, *Atto politico*, cit., p. 169-170.

⁸³ *Ivi*, p. 172. Annovera tra gli atti politici anche quelli posti in essere dagli organismi regionali, chiamati a dare espressione giuridica alle forze maggioritarie delle comunità regionali, cui compete di determinare l'indirizzo politico della Regione A. SANDULLI, *Manuale*, cit., p. 19.

ordinaria, senza sconfinare nell'ambito dell'esecuzione diretta ed immediata della Costituzione, con la conseguenza che i poteri relativi investono l'area della discrezionalità, non quella della politicità⁸⁴.

Come si è accennato, la questione della titolarità di tale funzione da parte degli enti territoriali è riemersa con forza in seguito ad alcune importanti innovazioni che hanno riguardato la forma di governo e le competenze degli enti territoriali, e che in qualche modo hanno suggerito l'approdo a soluzioni diverse rispetto a quelle fin ora prospettate. Anzitutto, la riforma del titolo V delle Costituzione – realizzata con le leggi costituzionali n. 1 del 1999 e n. 3 del 2001 – ha segnato l'equiparazione dei vari livelli territoriali di governo e la loro autonomia. Il nuovo art. 114 Cost., ai commi 1° e 2°, afferma infatti che la Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato, e che questi sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione⁸⁵. In secondo luogo, assai rilevante si è dimostrata l'adozione di un sistema elettorale in cui il presidente della Regione e il sindaco sono eletti in via diretta dalla popolazione, tanto da far ritenere evidente la presenza di un indirizzo politico locale sulla base del quale l'organo di vertice ha ottenuto l'investitura popolare⁸⁶.

Da ultimo – lo abbiamo anche noi già messo in evidenza – si è sottolineato come a partire dagli anni novanta, anche a livello locale, si sia sviluppato un sistema di amministrazione incentrato sulla distinzione tra atti di *indirizzo politico* e *atti di gestione amministrativa*, i primi attribuiti alla competenza degli organi elettivi, i secondi a quella degli organi burocratici⁸⁷. Questi cambiamenti a livello costituzionale e legislativo hanno riportato l'attenzione sulla questione della possibilità di emanare *atti*

⁸⁴ Cfr. E. CHELI, *Atto politico*, cit., p. 174.

⁸⁵ Per un approfondimento sulle ricadute della riforma costituzionale sulla possibilità per gli enti territoriali di adottare atti politici cfr. V. CINGANO, *I riflessi della riforma costituzionale del 2001 sulla possibilità per le regioni e gli enti locali di emanare atti politici: evoluzione giurisprudenziale*, in *Quad. reg.*, 2009, p. 815 ss. L'Autrice sostiene che, successivamente alla riforma costituzionale, la possibilità per le Regioni di determinare la propria forma di governo, suggerirebbe la spettanza di un'autonomia politica e quindi di un indirizzo politico distinto da quello statale. Lo stesso discorso non vale, al contrario, per gli altri enti territoriali: assume rilievo preclusivo a questo proposito l'impossibilità di riconoscere, in capo a quest'ultimi enti locali, un'autonomia politica in riferimento all'elaborazione della forma di governo.

⁸⁶ Cfr. V. FANTI, *L'atto politico nel governo degli enti locali*, cit., p. 510.

⁸⁷ Cfr. *Ivi*, p. 505 ss., in cui si fa riferimento al T.U. delle leggi sull'ordinamento degli Enti locali di cui al d.lgs. n. 267 del 2000. Si veda *supra* par. 2.2.1.

politici in capo ad enti diversi rispetto a quelli statali. Sul punto si registrano in giurisprudenza decisioni di segno opposto.

Con riferimento alla *titolarità di un tale potere da parte delle Regioni*, si segnala una recente sentenza della Corte costituzionale in materia di nomine assessorili da parte del presidente della Regione⁸⁸. La decisione è originata dal ricorso per conflitto di attribuzioni della Regione Campania in relazione alla sentenza del Consiglio di Stato⁸⁹ con la quale era stato annullato il decreto del presidente della Giunta regionale di nomina di un assessore, per asserita violazione dell'art. 46, comma 3 dello statuto (principio di equilibrata presenza di donne e uomini nella formazione della Giunta). La Regione ricorrente incentrava i motivi di ricorso sulla natura politica dell'atto lamentando di conseguenza l'illegittimità di un provvedimento giurisdizionale che si pronunciava su di esso⁹⁰. La Corte – pur esprimendosi nel senso dell'inammissibilità del ricorso⁹¹ – si sofferma su questo punto, riconoscendo che anche a livello regionale esistono aree sottratte al sindacato giurisdizionale in quanto espressive di attività politica e come tali insindacabili da parte del giudice. Nonostante questo, secondo la Corte «gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento (...); e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto»⁹². A questa stregua si legge che «la circostanza che il presidente della Giunta sia un organo politico ed eserciti un potere politico, che si concretizza anche nella nomina degli assessori, non comporta che i suoi atti siano tutti e sotto ogni profilo insindacabili. Né, d'altra parte, la presenza di alcuni vincoli altera, di per sé, la natura politica del potere esercitato dal presidente con l'atto di nomina degli assessori, ma piuttosto ne delimita lo spazio d'azione. L'atto di nomina degli assessori risulterà, dunque, sindacabile in sede giurisdizionale, se e in quanto abbia violato una norma giuridica»⁹³. La Corte non sembra dunque dubitare della riconducibilità in capo alla Regione di un *potere politico* e della conseguente

⁸⁸ Cfr. Corte cost., 2 aprile 2012, n. 81, in www.cortecostituzionale.it.

⁸⁹ Cfr. Cons. St., sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502, in *DeJure*.

⁹⁰ Ciò sulla scorta dell'art. 7 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 che – ricalcando quanto già sancito dall'art. 31 del Regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054 – afferma che il ricorso giurisdizionale non è ammesso se trattasi di provvedimenti adottati dal Governo nell'esercizio del potere politico.

⁹¹ Poiché secondo la Corte la Regione Campania aveva denunciato semplici *errores in iudicando* riguardanti l'interpretazione dell'art. 46 dello Statuto regionale, tanto che il conflitto di attribuzioni si risolve in un improprio mezzo di gravame avverso le sentenze del giudice amministrativo.

⁹² Corte cost., 2 aprile 2012, cit., § 4.2.

⁹³ *Ivi*, § 4.3.

possibilità di emanare *atti politici* sottratti al sindacato giurisdizionale, ma emerge anche da questo caso la tendenza ad interpretare in senso sempre più restrittivo questa categoria, anche nel momento in cui tali atti abbiano un contenuto prettamente politico e fiduciario come nel caso di una nomina assessorile⁹⁴.

Per quanto riguarda, invece, *la titolarità del potere di emanare atti politici da parte degli enti territoriali minori* (Comuni e Province)⁹⁵, seppur in presenza di pronunce giurisprudenziali di diverso segno, l'orientamento del Consiglio di Stato sembra comunque orientato a disconoscere la *politicalità* di qualsiasi atto proveniente da un organo di vertice dell'ente, incontrando sul punto il favore della dottrina⁹⁶. Anche a questo livello il dibattito ha riguardato le nomine e le revoche dei componenti delle Giunte. Sul punto viene spesso citata una celebre pronuncia del Consiglio di Stato⁹⁷ che – sconfessando i principi affermati da un'importante sentenza del Tar Liguria di qualche anno precedente⁹⁸ – ha negato la natura politica alla revoca di un assessore provinciale, la quale era intervenuta con l'intento di effettuare un "rimpasto" dei membri della Giunta, in ragione delle mutate condizioni politiche tra le fila della maggioranza. La divergenza tra i due tribunali verteva proprio sulla diversa qualificazione da attribuirsi all'attività svolta dagli organi di vertice di un ente locale.

⁹⁴ Per quanto riguarda i profili di criticità che emergono da questa decisione sui quali non è possibile soffermarci in questa sede, si vedano G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto*, cit., p. 383 ss.; F. BILANCIA, *Ancora sull'atto politico e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 1163 ss.; F. BLANDO, *"Atto politico" e "Stato di diritto" nella sentenza n. 81 del 2012 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Corte costituzionale – anno 2012*, in www.forumcostituzionale.it; R. DICKMANN, *L'atto politico questo sconosciuto*, in *Giurisprudenza Corte costituzionale – anno 2012*, in www.forumcostituzionale.it; M. BELLETTI, *"Torniamo allo Statuto"... regionale. La rappresentanza di genere nelle Giunte regionali tra atto politico, atto di alta amministrazione e immediata precettività delle disposizioni statutarie*, in *Giurisprudenza Corte costituzionale – anno 2012*, in www.forumcostituzionale.it; M.G. RODOMONTE, *Equilibrio di genere, atti politici e Stato di diritto nella recente sentenza n. 81 del 2012 sulla equilibrata presenza di donne e di uomini nella Giunta della regione Campania*, in www.federalismi.it, n. 13/2012.

⁹⁵ In seguito all'approvazione della c.d. legge Delrio (l. 7 aprile 2014, n. 56) che ha svuotato di poteri le Province e istituito le Città metropolitane, andrebbero fatti dei distinguo alla luce del nuovo assetto istituzionale. Un'analisi di questo tipo risulta, tuttavia, impossibile in questa sede. Ne discende che, quanto affermato dalla giurisprudenza e dalla dottrina richiamata nel testo con riferimento a Province e Comuni, può dirsi ancora oggi certamente valevole con riferimento agli enti comunali, mentre se ne sospende il giudizio con riguardo agli enti provinciali e alle nuove Città metropolitane.

⁹⁶ Cfr. M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, cit., p. 361; V. CINGANO, *I riflessi della riforma costituzionale del 2001 sulla possibilità per le regioni e gli enti locali di emanare atti politici: evoluzione giurisprudenziale*, cit., p. 828 ss.; V. FANTI, *L'atto politico nel governo degli enti locali*, cit., p. 517. *Contra* invece A.L.M., TOSCANO, *Sulla revoca degli assessori comunali e provinciali*, in *Quad. reg.*, 2008, p. 9 ss.

⁹⁷ Cfr. Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2007, n. 209, in *DeJure*.

⁹⁸ Cfr. Tar Liguria, sez. I, 7 dicembre 2004, n. 1600, in *DeJure*. Per un commento si veda A. MOZZATI, *La natura politica e l'insindacabilità degli atti di revoca degli assessori provinciali e comunali*, in *Foro amm. Tar*, 2004, fasc. 12, p. 3673 ss.

Secondo la citata decisione del Tar infatti – in esito alla profonda evoluzione che ha subito l'assetto istituzionale degli enti locali, soprattutto a seguito della riforma costituzionale del titolo V – non si può far altro che affermare la «natura prevalentemente politica, anche degli atti di nomina e dei connessi provvedimenti di revoca dei componenti della Giunta; questi ultimi infatti si trovano ad operare, nell'ambito del rapporto fiduciario con il sindaco e presidente della Provincia, quali componenti dell'organo che deve individuare ed attuare gli obiettivi politici sulla scorta di un rapporto avente i caratteri sopra evidenziati»⁹⁹.

Tale presa di posizione è stata, tuttavia, disattesa nella menzionata sentenza del Consiglio di Stato, la quale – pur riconoscendo la presenza di un nuovo sistema istituzionale costituito da una pluralità di ordinamenti giuridici integrati ma autonomi – ha affermato che il sindaco del Comune (come del resto il Consiglio e le Giunta comunale) non è un organo di rilievo costituzionale e inoltre l'atto sindacale di revoca di un assessore non è libero nella scelta dei fini, essendo sostanzialmente rivolto al miglioramento della compagine di ausilio del sindaco nell'amministrazione del Comune. Ne discende che deve ritenersi ammissibile l'impugnativa di un atto del genere davanti al giudice amministrativo, in quanto posto in essere da un'autorità amministrativa nell'esercizio di un potere amministrativo, sia pure ampiamente discrezionale¹⁰⁰.

Come si è visto quindi, anche a livello di amministrazione periferica, la tendenza presente sia in dottrina che in giurisprudenza è quella di *circoscrivere il più possibile il genere degli atti politici, limitando di conseguenza il numero degli atti sottratti al sindacato giurisdizionale*. Con riferimento alle attività che si esplicano a qualsiasi livello dell'amministrazione pubblica – statale, regionale, provinciale e comunale – si è registrato dunque un orientamento nettamente favorevole al non impiego di questa categoria, tanto che i soli atti, ad oggi, pacificamente considerati come *politici* sono quelli che riguardano i rapporti internazionali tra Stati.

Nonostante questa pressoché nulla utilizzazione della nozione di *atto politico* da parte della giurisprudenza, motivata con le ragioni di cui sopra – tutte interne alla logica del processo amministrativo –, non si può tuttavia prescindere dal dato legislativo che definisce la struttura dell'amministrazione, e secondo cui i soggetti pubblici che ricoprono un incarico politico/elettivo sono tutti accumulati dal fatto di svolgere la c.d.

⁹⁹ *Ivi*, § 4.2.

¹⁰⁰ Cfr. Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2007, cit., § 5.4.

funzione di indirizzo politico. Quest'ultima attività è distinta da quella di c.d. *gestione amministrativa* e si caratterizza – come abbiamo visto nei paragrafi precedenti – per competenze e prerogative peculiari, diverse da quelle che connotano l'attività degli altri organi che appartengono alla p.a.

3. Una prima conclusione “intermedia”: quali soggetti è possibile distinguere dal novero dei “pubblici ufficiali” ex art. 357 c.p.?

È possibile ora tracciare qualche breve conclusione, seppur provvisoria. Abbiamo avviato la nostra indagine domandandoci se sia possibile individuare dei criteri oggettivi con i quali distinguere i soggetti pubblici che svolgono un incarico politico/elettivo – caratterizzato da una grande ampiezza di poteri derivante dall'investitura popolare (parlamentari, consiglieri regionali, presidenti di regione, sindaci) o da un rapporto fiduciario con soggetti “eletti” (ministri ed assessori) – dal restante novero dei pubblici ufficiali menzionati genericamente dall'art. 357 cod. pen.; disposizione, quest'ultima, che notoriamente definisce quali siano i soggetti ai quali si riferiscono i delitti contro la pubblica amministrazione di cui al Capo I del Titolo II del codice penale (*Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica amministrazione*).

Come abbiamo già sottolineato e come osserveremo in modo approfondito nel prosieguo del lavoro, il concetto monolitico di pubblica amministrazione fatto proprio dal codice Rocco mostra il fianco a possibili aspetti di criticità nel momento in cui tali *soggetti “politici”* diventino soggetti attivi dei reati di corruzione, tanto da spingerci a valutare l'opportunità di una disciplina penalistica *ad hoc*, loro riservata.

In queste prime pagine si è quindi cercato di rinvenire dei criteri sui quali fondare la distinzione dei soggetti che abbiamo definito genericamente come *svolgenti un incarico politico/elettivo*. Abbiamo fatto ciò basandoci – come ci siamo riproposti in avvio¹⁰¹ – su *criteri oggettivi* che si riferiscano esclusivamente alle peculiarità dell'attività svolta, all'ambito in cui questa è posta in essere, ai relativi atti e al grado di discrezionalità di cui dispone l'agente pubblico nell'espletamento dei propri compiti. Interessanti spunti in questo senso sono offerti dall'esame della Costituzione e, soprattutto, di quella parte

¹⁰¹ Cfr. *supra* par. 1.

del diritto amministrativo che si occupa di definire i compiti che fanno capo ai singoli organi di cui si compone la pubblica amministrazione.

Per quanto riguarda coloro che esercitano la *funzione legislativa* (*membri della Camera dei Deputati, del Senato o consiglieri regionali*), la difficile assimilazione alla omnicomprensiva categoria dei pubblici ufficiali – e quindi le ragioni che possono fondare il relativo trattamento differenziato agli effetti penali – si rinvencono direttamente dal dettato costituzionale, ed in particolare dallo *status* e delle prerogative ad essi garantite dalla Carta fondamentale. Come abbiamo mostrato, l'assenza di un vincolo di mandato, l'irresponsabilità per le opinioni espresse ed i voti dati, la possibilità di svolgere la propria funzione senza essere assoggettati all'obbligo dell'*imparzialità* e del *buon andamento*, scegliendo quindi con assoluta libertà gli interessi, le categorie o, finanche, i singoli di cui divenire rappresentanti, pongono i soggetti che esercitano la funzione legislativa in *una posizione peculiare, nettamente distinta da quella degli altri pubblici funzionari*. È una considerazione – a nostro avviso – in grado di determinare conseguenze sull'applicabilità dei reati propri dei pubblici ufficiali.

Più complesso è invece il discorso riguardo alla possibilità di rinvenire un criterio in grado di distinguere, tra i soggetti che svolgono la *funzione amministrativa*, coloro i quali sono investiti di un *incarico elettivo* (presidente di Regione, sindaco, consigliere comunale) o *derivante dalla nomina fiduciaria da parte di un "eletto"* (ministro, assessore regionale e comunale). Si è osservato a questo proposito come la legislazione vigente accomuni tutti soggetti pubblici che ricoprono un incarico politico/elettivo, i quali sono chiamati a svolgere la c.d. *funzione di indirizzo politico*. Si tratta di un'attività che – a partire dagli anni '90 ed in tutte le disposizioni di legge che si riferiscono all'organizzazione della p.a. – è contrapposta alla c.d. *gestione amministrativa* e che si caratterizza, come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, per competenze e prerogative distinte da quelle del restante novero degli organi e dei funzionari pubblici. Una conclusione il cui valore – ai fini della nostra ipotesi di lavoro – non può essere scalfito dalla constatazione della scarsa utilizzazione della nozione di *atto politico*, in seguito al suo svuotamento operato della giurisprudenza. È infatti – come si è mostrato – uno svuotamento operato per ragioni *interne alla logica del processo amministrativo* e, in particolare, all'estensione del sindacato del giudice sugli

atti della p.a. La valenza intra sistemática della distinta categoria della *funzione di indirizzo politico* resta ferma.

4. Una feconda prospettiva comparatistica: la sistemática delle qualifiche soggettive nel codice penale tedesco. Il dualismo tra il concetto di pubblico ufficiale (*Amtsträger*) e quello di “eletto” (*Mandatsträger*)

La possibilità di individuare *de jure condendo* alcuni criteri che legittimino una distinzione dei “politici” dal restante novero dei pubblici agenti è un’ipotesi di lavoro che sembra trovare conforto nell’esperienza di altri ordinamenti, ed in particolare di quello tedesco. Lo *Strafgesetzbuch* – a differenza del codice penale italiano – non adotta infatti una concezione monolitica di pubblica amministrazione, ma differenzia dall’insieme dei pubblici ufficiali (*Amtsträger*) i c.d. *Mandatsträger*, ovvero gli agenti pubblici che, essendo stati eletti, ricoprono un incarico per mandato.

Il paragrafo § 11, comma 1, n. 2 StGB afferma che devono essere considerati pubblici ufficiali esclusivamente coloro che, secondo il diritto tedesco, sono funzionari (*Beamter*) o giudici (*Richter*); si trovano in un altro rapporto d’ufficio di diritto pubblico; o sono altrimenti preposti all’esercizio di funzioni di pubblica amministrazione presso un’autorità o un altro ufficio o su loro incarico, senza riguardo alla forma organizzativa prescelta per l’adempimento delle funzioni¹⁰². Solo ai soggetti ricompresi in questa disposizione sono applicabili i *reati nell’esercizio di una pubblica funzione* di cui alla sezione trentesima del codice penale, ed in particolare le diverse ipotesi di corruzione previste dai §§ 331, 332, 333 e 334 StGB¹⁰³.

Agli “eletti” (*Mandatsträger*) lo *Strafgesetzbuch* riserva invece un’autonoma figura incriminatrice di corruzione prevista dal § 108e StGB (*Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern*) e caratterizzata da un campo di applicazione più ristretto rispetto a quello delle omologhe fattispecie destinate ai pubblici ufficiali. Come vedremo meglio nel prosieguo, il reato di cui al § 108e StGB si riferisce principalmente *ai membri delle*

¹⁰² Si riporta il testo del § 11, comma 2 StGB: «(Personen – und Sachbegriffe). Im Sinne dieses Gesetzes ist 1. (...) 2. Amtsträger: wer nach deutschem Recht a) Beamter oder Richter ist, b) in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis steht oder c) sonst dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen; (...)».

¹⁰³ Per una descrizione di queste fattispecie confronta *infra* cap. II, par. 2.1.

assemblee rappresentative nazionali o dei Länder e ad altre figure di “eletti”: i membri dell’organo di rappresentanza comunale, dell’assemblea (eletta con un voto diretto e generale) di qualsiasi unità amministrativa costituita nell’area di un *Land* o di un Comune, dell’Assemblea federale, del Parlamento europeo, di un’assemblea parlamentare di un’organizzazione internazionale o di un organo legislativo di uno Stato straniero¹⁰⁴.

La distinzione degli “eletti” (*Mandatsträger*) dai pubblici ufficiali (*Amtsträger*) – apparentemente scolpita con chiarezza nel codice penale tedesco – è stata tuttavia oggetto di contrasti interpretativi in giurisprudenza, in particolare con riferimento a quelle cariche elettive che, nell’ambito del proprio mandato, non svolgono solo funzioni legislative ma sono investite al contempo anche di *compiti amministrativi*. A questo riguardo degna di nota risulta essere una sentenza del *Bundesgerichtshof* che – trovandosi a giudicare un caso di corruzione che vedeva coinvolto un “eletto” a livello comunale – ha avuto modo di svolgere importanti considerazioni in ordine alla sistematica delle qualifiche soggettive prevista dal codice penale tedesco¹⁰⁵.

La pronuncia ha preso origine dal caso di un consigliere comunale della città di Wuppertal che – nella sua qualità di membro della commissione edilizia e grazie alla sua autorevolezza politica ed ai suoi contatti – era riuscito ad ottenere la maggioranza nell’organo di rappresentanza per approvare il progetto immobiliare di un imprenditore locale. Quest’ultimo aveva quindi remunerato gli sforzi del consigliere comunale attraverso alcune elargizioni nei confronti di una “società schermo” di cui erano soci la moglie ed il figlio del politico ed imputando i pagamenti ad ipotetiche consulenze in realtà mai avvenute. In primo grado il tribunale di merito aveva condannato il consigliere comunale per i delitti di cui ai paragrafi 331 (*Vorteilsannahme*) e 332 (*Bestechlichkeit*) StGB, equiparando quindi il suo *status* a quello di un pubblico ufficiale.

In fase di revisione il *Bundesgerichtshof* ha invece annullato la sentenza affermando il principio che i consiglieri comunali, in ragione della loro legittimazione elettorale, non possono essere considerati pubblici ufficiali e va a loro riferita la figura speciale di

¹⁰⁴ Cfr. T. FISCHER, sub § 108e, in *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, LXIII Auflage, München, 2016, p. 903 ss. Per il testo di questa disposizione si veda inoltre *infra* cap. II, par. 1, nota n. 14.

¹⁰⁵ Cfr. BGH, *Urteil* vom 9 maggio 2006 – 5 StR 453/05 (LG Wuppertal), in www.hrr-strafrecht.de.

cui al § 108e StGB, nella formulazione vigente in quel momento¹⁰⁶. Eccezionalmente può accadere tuttavia che i consiglieri comunali vengano investiti da concreti compiti di amministrazione che vanno oltre la loro attività all'interno dell'organo di rappresentanza comunale. Un comportamento corruttivo in relazione a quest'ultime funzioni, secondo il *Bundesgerichtshof*, può essere allora sussunto nei reati tipici dei pubblici ufficiali anche se posto in essere da soggetti che ricoprono un incarico elettivo.

Ma procediamo con ordine. Ai nostri fini è interessante infatti soffermarsi sui singoli passaggi della pronuncia che sviluppano considerazioni generali circa i criteri che presiedono alla *differenziazione dei soggetti pubblici ai fini penalistici*, dove si fa particolare attenzione allo *status* e alle prerogative che caratterizzano i diversi agenti ed alle funzioni che questi sono chiamati a svolgere.

Il BGH, riferendosi ai consiglieri comunali, passa in rassegna quelle caratteristiche dell'attività che escludono un loro possibile inquadramento all'interno della categoria dei pubblici ufficiali. Risulta per prima cosa impossibile ricondurre i membri dell'organo di rappresentanza comunale all'interno della nozione di pubblico ufficiale delineata al § 11, comma 1, n. 2, lett. b) StGB (*chi si trova in un altro rapporto d'ufficio di diritto pubblico*). L'esercizio di un ufficio pubblico è qualcosa di diverso rispetto allo svolgersi di un mandato elettivo. Tra l'azione amministrativa tipica delle autorità o di altri enti simili e l'azione politica in organi rappresentativi ricorre una differenza strutturale, dovuta principalmente alla libertà del mandato elettivo, che giustifica una differenza di trattamento¹⁰⁷. Secondo la Corte di cassazione tedesca ciò emerge con

¹⁰⁶ Il quale sancisce: «(Corruzione in cariche elettive). Chiunque si adopera per comprare o vendere il voto nelle elezioni o votazioni del Parlamento europeo, o negli organi di rappresentanza federali, dei singoli Länder, di comuni e nei consorzi di comuni, è punito con la pena detentiva fino a cinque anni o con la pena pecuniaria».

¹⁰⁷ Lo *status* costituzionale dell'eletto a livello locale viene ricostruito dalla dottrina facendo riferimento al combinato disposto di due articoli della Costituzione (*Grundgesetz*): l'art. 28, primo comma GG sull'ordinamento dei *Länder* e degli enti locali: «Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen. In den Ländern, Kreisen und Gemeinden muß das Volk eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist. Bei Wahlen in Kreisen und Gemeinden sind auch Personen, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft besitzen, nach Maßgabe von Recht der Europäischen Gemeinschaft wahlberechtigt und wählbar. In Gemeinden kann an die Stelle einer gewählten Körperschaft die Gemeindeversammlung treten (*L'ordinamento costituzionale dei Länder deve essere conforme ai principi dello Stato di diritto repubblicano, democratico e sociale ai sensi della presente Legge fondamentale. Nei Länder, nei Distretti e nei Comuni il popolo deve avere una rappresentanza che emerga da elezioni generali, dirette, libere, uguali e segrete. Nei Comuni, l'assemblea dei cittadini del Comune può sostituire l'organo elettivo. Per le elezioni nei Distretti e nei Comuni hanno diritto di voto e sono eleggibili, secondo il diritto delle Comunità europee, anche persone in possesso della cittadinanza*

chiarezza dal fatto che nelle decisioni di pubblica amministrazione il decisore è fondamentalmente sostituibile, il suo potere decisionale può essere regolarmente delegato alla gerarchia dell'amministrazione o avocato da organi superiori e l'ufficio non è legato personalmente a chi svolge le funzioni. Al contrario "l'eletto" – in ragione del suo libero mandato – assume nel *plenum* dell'organo di rappresentanza decisioni "infungibili". Il suo ufficio è intrinsecamente legato alla sua persona, tanto che il relativo diritto di voto è intrasmissibile. In ragione di questa infungibilità delle sue decisioni, nelle votazioni all'interno dell'assemblea rappresentativa, possono legittimamente giocare un ruolo decisivo anche gli interessi particolari per la cui realizzazione il deputato è stato eletto.

I consiglieri comunali non rientrano tantomeno nella categoria dei pubblici ufficiali descritta dalla lett. c) del § 11, comma 1, n. 2 StGB (*è altrimenti preposto all'esercizio di funzioni di pubblica amministrazione presso un'autorità o un altro ufficio o su loro incarico senza riguardo alla forma organizzativa prescelta per l'adempimento delle funzioni*). Seppur la circostanza che questi svolgono funzioni di pubblica amministrazione possa parlare a favore di una loro inclusione tra i soggetti menzionati dalla lett. c), manca tuttavia – ancora una volta in ragione della libertà che caratterizza il loro mandato elettivo – il necessario inquadramento in un rapporto di servizio all'interno della pubblica amministrazione. I consiglieri comunali non sono infatti preposti all'espletamento di funzioni pubbliche presso un'autorità o altro ufficio o su loro incarico. Questi svolgono la loro attività secondo il principio della libertà di mandato, non sono sottoposti a vincoli o direttive di funzionari gerarchicamente sovraordinati, il loro diritto di partecipazione alle decisioni dell'organo di rappresentanza è direttamente legato alla loro persona e non sono assoggettati alle regole disciplinari previste per i pubblici funzionari.

Segue da queste premesse teoriche che – in linea generale e salvo le eccezioni su cui ci soffermeremo tra breve – il consigliere comunale deve essere considerato un "eletto"

di uno degli Stati membri della Comunità europea)»; e l'art. 38, comma 1 GG che riguarda specificatamente lo status del deputato del Bundestag: «Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt. Sie sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen (*I deputati del Bundestag sono eletti a suffragio universale, diretto, libero, uguale e segreto. Essi sono i rappresentanti di tutto il popolo, non sono vincolati da mandati né da direttive e sono soggetti soltanto alla loro coscienza*)».

e la punibilità per i comportamenti ipoteticamente corruttivi da lui posti in essere deve essere valutata con riferimento al § 108e StGB.

Corroborata questa conclusione quanto affermato dal legislatore nella relazione alla legge che ha introdotto, nel 1994, quest'ultima speciale figura di reato. In questa sede si è sostenuto infatti che un diverso trattamento degli "eletti" si giustifica a partire dalla constatazione che il pubblico ufficiale – nell'espletamento della sua attività – prende decisioni sotto la stretta osservanza di prescrizioni giuridiche stringenti, in modo sempre imparziale e libero da qualsiasi influenza. Al contrario nell'esercizio del diritto di voto all'interno di un organo di rappresentanza giocano un ruolo importante anche punti di vista e considerazioni politiche, tanto che non si può censurare il fatto che, nel indirizzare il proprio voto, un "eletto" si faccia guidare anche da obiettivi politici a lui favorevoli. Ne consegue quindi l'affermazione che *i presupposti della punibilità della corruzione dell'eletto non possono essere gli stessi di quelli che si riferiscono all'attività dei pubblici ufficiali nell'esercizio della loro funzione pubblica*. Ciò significa che non sempre l'influenza apportata alle decisioni politiche deve essere punibile, diversamente da quanto avviene per l'influenza sulle azioni dell'amministrazione. La costruzione della volontà politica a livello comunale si distingue infatti dall'azione giuridica dell'amministrazione pubblica fondamentalmente per il fatto che la prima può essere influenzata lecitamente anche da interessi particolari, la seconda – al contrario – deve realizzare decisioni libere da punti di vista politici ed essere stata improntata esclusivamente al soddisfacimento di interessi di carattere generale¹⁰⁸.

Il BGH afferma dunque il principio generale secondo cui se l'azione di un consigliere comunale si esaurisce in una votazione o elezione nel consiglio comunale, nelle frazioni o in commissioni appartenenti direttamente all'organo di rappresentanza, si dovrà vagliare la sua punibilità esclusivamente con riferimento al paragrafo § 108e StGB¹⁰⁹. Può accadere tuttavia che "l'eletto" si trovi investito anche di *funzioni d'amministrazione*¹¹⁰. Il consiglio comunale non è difatti un vero e proprio Parlamento,

¹⁰⁸ Cfr. per queste affermazioni la motivazione alla legge che ha introdotto la figura incriminatrice di cui al § 108e StGB, *Gesetzesbegründung* BT-Drucks 12/6092, in www.dipbt.bundestag.de, p. 6.

¹⁰⁹ Lo stesso vale, secondo quanto si legge in motivazione, per l'attività che anticipa le elezioni e le votazioni nel consiglio, così come per l'attività d'influenza su altri membri dell'organo e ogni ulteriore forma di partecipazione alla costruzione della volontà politica a livello comunale.

¹¹⁰ In relazione a quest'ultima affermazione il *Bundesgerichtshof* precisa che i consiglieri comunali appartengono più facilmente al potere esecutivo piuttosto che a quello legislativo. L'organo di rappresentanza comunale, infatti, dal punto di vista del diritto pubblico, non è un parlamento ma un

ma l'organo di rappresentanza di un ente autonomo¹¹¹. Così, se è vero che all'attività dei consiglieri compete certamente l'elaborazione di norme generali ed astratte – tipiche del potere legislativo – non di meno la loro funzione è caratterizzata da concreti compiti amministrativi¹¹². Con esclusivo riferimento a quest'ultimo ambito potrà allora venire in rilievo lo *status* di pubblico ufficiale e la conseguente applicazione dei reati di corruzione di cui ai paragrafi 331 ss. StGB. Per distinguere le azioni che si riferiscono alla costruzione della volontà politica nell'organo di rappresentanza dai concreti compiti di amministrazione la Suprema Corte tedesca menziona quindi due possibili criteri: a) da un lato bisogna chiedersi se "l'eletto" – nella concreta situazione in cui è chiamato ad agire – è sostituibile, oppure se l'organo al quale questi appartiene è legato obbligatoriamente alla sua decisione personale. b) D'altro lato è necessario indagare se l'azione che compete all'agente pubblico è da ascrivere, con riferimento ai contenuti, all'ambito politico o a quello amministrativo. E ciò si determina prestando attenzione a se il pubblico agente è tenuto a perseguire esclusivamente gli interessi della collettività o è autorizzato a farsi determinare anche da punti di vista parziali, politici e partitici.

In esito a queste considerazioni il *Bundesgerichtshof* annulla dunque le statuizioni di primo grado, poiché il tribunale di merito non aveva accertato in concreto se le azioni per le quali l'indagato aveva ricevuto le elargizioni in denaro corrispondevano o meno a funzioni d'amministrazione esulanti dall'attività del mandato¹¹³.

Da questo breve confronto con l'ordinamento tedesco si traggono, a noi sembra, ulteriori argomenti a favore di una possibile distinzione – ai fini penalistici – dei "politici" dal restante novero dei pubblici agenti. Come abbiamo visto infatti lo *Strafgesetzbuch* rifiuta una *concezione monolitica di pubblica amministrazione* e

organo di rappresentanza di un ente autonomo. Così l'attività di produzione legislativa del Comune, nella ripartizione costituzionale dei poteri dello Stato, appartiene più al campo dell'amministrazione che a quello della legislazione tanto che la formazione della volontà dell'organo di rappresentanza comunale è prevalentemente diretto all'espletamento di concreti compiti amministrativi e non – come un Parlamento – all'emanazione di norme generali ed astratte.

¹¹¹ Cfr. BVerfG *Urteil* vom 21 giugno 1988 – 2 BvR 975/83, in *www.juris.de*.

¹¹² Cfr. H. DAHS, B. MÜSSIG, *Strafbarkeit kommunaler Mandatsträger als Amtsträger? Eine Zwischenbilanz*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2006, p. 191 ss., per un inquadramento costituzionale delle funzioni attribuite al Consiglio comunale e della figura del consigliere comunale nel confronto con il Parlamento federale ed il parlamentare.

¹¹³ Cfr. per un commento critico alla decisione H. NIEHAUS, *Zur Korruptionsstrafbarkeit kommunaler Mandatsträger. Zugleich Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 9.5.2006 – 5 St StR 453/05*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2008, p. 49 ss.

distingue i pubblici ufficiali dagli “eletti” in assemblee rappresentative. A questi è riservata una autonoma figura di corruzione, che nella sua formulazione – meno ampia rispetto a quelle applicabili ai pubblici ufficiali di cui ai §§ 331 e 333 StGB ma più severamente punita – tiene conto delle peculiarità e delle prerogative del loro agire, ed in particolare del fatto che l’attività di un membro eletto all’interno di un organo di rappresentanza popolare, in ragione della libertà che caratterizza il suo mandato, può farsi lecitamente determinare anche da interessi particolari. Il criterio fatto proprio dal codice penale tedesco per separare i “politici” dalla macro-categoria dei pubblici ufficiali è dunque quello dell’*investitura popolare* e del *libero mandato* che caratterizza l’azione degli agenti che ricoprono un incarico per elezione in un’assemblea elettiva. È fondamentalmente quest’ultima peculiarità che – secondo il legislatore tedesco – impone una diversità di trattamento ai fini penalistici tra costoro e i semplici pubblici ufficiali.

Questo criterio di differenziazione non è tuttavia in grado di abbracciare tutti quegli incarichi politici/elettivi che in avvio ci proponevamo di distinguere, ovvero, oltre a quelli di diretta investitura popolare (parlamentari, consiglieri regionali, presidenti di Regione, sindaci), quelli caratterizzati da un *rapporto fiduciario* con soggetti “eletti” (ministri ed assessori). La sentenza del *Bundesgerichtshof* sopra citata sembra tuttavia lasciar spazio ad una lettura che più si avvicina alle considerazioni da noi svolte nei paragrafi precedenti. Anche la Suprema Corte tedesca, dopo aver ricondotto generalmente i consiglieri comunali alla categoria dei *Mandatsträger* di cui al paragrafo § 108e StGB, si è poi soffermata sulle caratteristiche dell’attività da questi materialmente svolta nell’ambito delle proprie funzioni affermando il principio secondo cui, nel caso in cui un consigliere comunale sia concretamente investito di compiti d’amministrazione, i comportamenti corruttivi riferibili a quest’ambito d’attività devono essere inquadrati all’interno delle fattispecie incriminatrici di cui ai § 331 ss. StGB, riservate ai soli pubblici ufficiali *ex* § 11, comma 1, n. 2 StGB.

Il BGH fa propria quindi un’*impostazione oggettiva* che mostra di tenere in considerazione le *peculiarità dell’attività svolta*, l’*ambito* in cui questa è posta in essere, i relativi *atti* e il *grado di discrezionalità* che caratterizza l’azione del pubblico agente, lasciando in secondo piano *criteri soggettivi* che si riferiscono all’appartenenza ad un determinato ente o ad una determinata categoria di soggetti.

Ci sembra dunque che trovi autorevole conferma il percorso d'indagine sviluppato nelle pagine precedenti, dove – attraverso l'esame della Costituzione e di quella parte del diritto amministrativo che si occupa di definire i compiti che fanno capo ai singoli organi di cui si compone la p.a. – si è tentato di individuare le caratteristiche oggettive dell'attività dei “politici” che, secondo la nostra ipotesi di lavoro, legittimano una loro considerazione come categoria autonoma rispetto alla generalità dei pubblici ufficiali.

CAPITOLO II

CORRUZIONE “PER L’ESERCIZIO DELLA FUNZIONE” E ATTIVITÀ POLITICA (ART. 318 COD. PEN.)

SOMMARIO: 1. Introduzione ed ipotesi di lavoro: le difficoltà di applicazione delle norme incriminatrici della corruzione nei confronti dei “politici”. – 2. Uno sguardo alle fattispecie incriminatrici di corruzione previste nel codice penale tedesco. – 2.1. I reati di corruzione dei pubblici ufficiali: in particolare i paragrafi § 331 (*Vorteilsannahme*) e 333 (*Vorteilsgewährung*) StGB. – 2.2. (*Segue*): Il reato di corruzione attiva e passiva dell’eletto: il § 108e StGB (*Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern*). – 3. I tentativi della dottrina tedesca di delimitare il campo di applicazione dei reati di accettazione (*Vorteilsannahme*, § 331 StGB) e concessione di vantaggi (*Vorteilsgewährung*, § 333 StGB). – 3.1. La giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* in materia di finanziamento privato della ricerca scientifica (*Drittmittelforschung*). – 4. L’applicazione giurisprudenziale dei reati di accettazione (*Vorteilsannahme*, § 331 StGB) e concessione di vantaggi (*Vorteilsgewährung*, § 333 StGB) nell’ambito del finanziamento della politica. – 4.1. Un’ulteriore sentenza del *Bundesgerichtshof* sulla delimitazione dei confini dei §§ 331 e 333 StGB: la presenza di un accordo illecito è una questione da accertarsi in fatto. – 5. Le ragioni della problematica riferibilità nei confronti dei “politici” dell’art. 318 cod. pen. – 5.1. Il reato di illecito finanziamento ai partiti politici, i confini del finanziamento privato lecito e il sistema di incentivi alla contribuzione privata introdotto dal d.l. n. 149 del 2013. – 5.2. (*Segue*) La conseguente problematicità della corruzione “in ambito politico”. – 6. Alcune conclusioni “intermedie”: la necessità di ritornare alla corruzione per un atto d’ufficio con riferimento ai “politici”.

1. Introduzione ed ipotesi di lavoro: le difficoltà di applicazione delle norme incriminatrici della corruzione nei confronti dei “politici”

Il naturale sviluppo della nostra indagine impone ora di considerare i problemi applicativi che emergono in relazione alle fattispecie di corruzione quando vengono in rilievo condotte realizzate da soggetti che ricoprono un incarico politico/elettivo.

In questa direzione il primo tema che ci sembra opportuno affrontare – seguendo la scansione delle disposizioni incriminatrici del codice penale – è quello della *difficile delimitazione del campo di applicazione del delitto di corruzione per l’esercizio della funzione ex art. 318 cod. pen.* che, a causa della scarsa capacità di tipizzazione della nuova formulazione – che ha preso il posto della “vecchia” corruzione per atto d’ufficio¹ – è ora in grado di attrarre nell’area del penalmente rilevante anche alcune attività che non solo appaiono lecite, ma che sembrano anche *incentivante* dall’ordinamento. Ci riferiamo, anzitutto, al finanziamento privato della politica nelle

¹ Art. 318 c.p.: (Corruzione per un atto d’ufficio). «Il pubblico ufficiale, che, per *compiere un atto del suo ufficio*, riceve, per sé o per un terzo, in denaro od altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Se il pubblico ufficiale riceve la retribuzione per un atto d’ufficio da lui già compiuto, la pena è della reclusione fino a un anno».

sue varie declinazioni: quello dei partiti, dei singoli o delle campagne elettorali, che – in seguito alla recente abolizione del finanziamento pubblico ai partiti, da parte del decreto legge 28 dicembre 2013, n. 149² – è rimasta, tra l'altro, l'unica modalità a disposizione dei diversi attori politici per sostenere le proprie attività.

La “nuova” *corruzione per l'esercizio della funzione* prevista dall'art. 318 cod. pen., così come riformulato dalla l. 6 novembre 2012, n. 190³, criminalizza oggi la condotta del pubblico ufficiale che, *per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri*, riceve indebitamente, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità, o ne accetta la promessa⁴. Tale modifica normativa corrispondeva ad un preciso intento del legislatore di adeguare gli strumenti di risposta penale al mutamento della realtà criminologica, così come era andata evolvendosi negli ultimi decenni, oltre che ad esigenze di semplificazione probatoria. Il riferimento all'atto d'ufficio previsto – nell'enunciato previgente – quale corrispettivo della retribuzione non dovuta, impediva infatti la ricomprensione all'interno di questa fattispecie dei casi, sempre più frequenti, di *c.d. messa a libro paga* o di *asservimento della funzione pubblica*.

Si tratta di quelle ipotesi di corruzione sistemica in cui l'indebita corresponsione di denaro o altra utilità ad un pubblico ufficiale sia effettuata in ragione dei vantaggi generici che il privato possa attendersi nell'esercizio futuro e ancora indeterminato delle sue funzioni⁵, ovvero dei casi in cui la tangente non è stata finalizzata all'acquisto di questa o quella prestazione del soggetto pubblico, ma a creare e mantenere “buoni rapporti” o ad acquistare una *generale benevolenza o disponibilità* nei confronti di politici e amministratori, istituendo una relazione stabile di interdipendenza d'interesse fra quest'ultimi e i privati⁶.

Prima della riforma del 2012, tuttavia, la giurisprudenza maggioritaria – attraverso una forzatura interpretativa in palese contrasto con il principio di legalità – era solita sussumere questa casistica nel reato di *corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio*

² Poi convertito in legge dalla l. 21 febbraio 2014, n. 13.

³ Per un commento complessivo sulle modifiche introdotte dalla legge n. 190 del 2012 cfr. S. SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 10, p. 1235 ss.

⁴ Si riporta per completezza il testo dell'art. 318 cod. pen.: (*Corruzione per l'esercizio della funzione*). «Il pubblico ufficiale che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, riceve indebitamente, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da uno a sei anni».

⁵ Cfr. E. DOLCINI, F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, n. 1, p. 236.

⁶ Cfr. M. GAMBARDELLA, *Dall'atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione “impropria”*, in *Arch. pen.*, 2013, fasc. 1, p. 18-19.

ex art. 319 cod. pen., eliminando ogni riferimento al requisito dell'*atto contrario*. Si affermava così la sussistenza di una *corruzione propria* anche in presenza di un accordo che avesse ad oggetto l'asservimento – più o meno sistematico – della funzione pubblica agli interessi del privato corruttore, che si realizza nel caso in cui il privato prometta o consegni al soggetto pubblico, che accetta, denaro od altre utilità, per assicurarsene, senza ulteriori specificazioni, i futuri favori⁷.

Con la nuova fattispecie di *corruzione per l'esercizio della funzione*, il legislatore ha posto fine a questa cesura tra giurisprudenza e fattispecie incriminatrice, facendo rientrare le condotte di *asservimento della funzione* e di *messa a libro paga* all'interno del campo d'applicazione dell'art. 318 cod. pen.⁸ e dando luogo così ad una profonda ristrutturazione del quadro normativo, il quale prevede ora una *fattispecie generale* – la corruzione funzionale – e *due figure speciali* – la corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 c.p.) e la corruzione in atti giudiziari (art. 319 *ter* c.p.) – che troveranno applicazione quando verrà accertato che l'illecito mercimonio ha avuto ad

⁷ Cfr. Cass. pen., sez. fer., 25 agosto 2009, n. 34834, in *DeJure*. Si veda anche Cass. pen., sez. III, 21 giugno 2005, n. 25839, in *Giur. it.*, 2006, fasc. 3, p. 578 dove si afferma che: «ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 319 c.p., per valutare se la condotta del pubblico ufficiale sia contraria ai doveri d'ufficio occorre avere riguardo non ai singoli atti, ma all'insieme del servizio reso al privato, con la conseguenza che l'asservimento della funzione, per denaro od altra utilità, agli interessi del privato, integra gli estremi del reato in questione, realizzandosi in tal modo la violazione del dovere di imparzialità, assistito da tutela costituzionale».

⁸ La Cassazione – anche dopo la riforma – in alcuni casi di asservimento della funzione, ha tuttavia continuato ad applicare l'art. 319 cod. pen. così come avveniva prima dell'entrata in vigore della novella legislativa. Dà conto della persistenza di questo orientamento A. GARGANI, *Le fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il "sentiero interrotto della tipicità del fatto*, in *Dir. pen proc.*, 2014, fasc. 9, p. 1034 ss., il quale si riferisce in particolare a Cass. pen., sez. VI, 15 ottobre 2013, n. 9883, Terenghi, in *DeJure*. La ragione di questa scelta sta nel fatto che il dettato dell'art. 318 cod. pen. equipara, sotto il profilo sanzionatorio, realtà molto lontane dal punto di vista criminologico, abbracciando nella stessa norma, sia l'asservimento in tutto o in parte della funzione, sia il baratto di un atto o di una serie di atti conformi ai doveri d'ufficio (siano essi determinati o meno), sia atti contrari ai doveri d'ufficio non esattamente individuati. In particolare, viene considerato illogico che la stabile messa a disposizione della pubblica funzione al servizio di interessi privati per un tempo prolungato, con contegni di infedeltà sistematici e in relazione ad atti contrari alla funzione non predefiniti e non specificatamente individuabili *ex post* sia sottoposto alla pena più mite comminata dall'art. 318 cod. pen. Condividono quest'ultima critica C. BENUSSI, sub *art. 318*, cit., p. 229; F. PALAZZO, *Gli "effetti preterintenzionali" delle nuove norme penali contro la corruzione*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 19. Ha affrontato, invece, il problema della sussunzione nell'art. 318 c.p. degli atti contrari ai doveri d'ufficio non esattamente individuati T. PADOVANI, *La messa a "libro paga" del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *Guida al diritto*, 1 dicembre 2012, n. 48, p. IX ss. L'Autore ha sostenuto che «il richiamo all'esercizio della funzione o dei poteri pubblici quale oggetto di una compravendita, non autorizza affatto a inferire che debba trattarsi di un esercizio legittimo. La nozione di esercizio della funzione e dei poteri è infatti tanto generica e comprensiva da includere nel proprio ambito sia l'attività conforme ai doveri d'ufficio e alle finalità istituzionali, sia quella che si svolge in violazione di tali doveri o frustando lo scopo per cui potere e funzione sono attribuiti».

oggetto il compimento di un ben individuato (o specificatamente individuabile) atto contrario ai doveri d'ufficio, ovvero l'omissione o il ritardo di un atto dell'ufficio, oppure la compravendita di un atto giudiziario al fine di danneggiare o favorire una parte in un processo⁹.

Nel vigore di questo nuovo quadro normativo, un attento studioso ha ipotizzato problematicamente il caso, paradigmatico, di un pubblico funzionario che si candidi a diventare sindaco della propria città e che, durante la campagna elettorale, riceva da un amico una cospicua somma di denaro a titolo di contributo spese. Alla luce del nuovo art. 318 cod. pen. una simile dazione potrebbe prestarsi ad una duplice interpretazione: quella lecita, secondo cui l'elargizione manifesterebbe l'intenzione di aiutare l'amico di cui si condividono i valori e i programmi politici; quella illecita, di natura vera e propria corruttiva, alla luce della quale la dazione sarebbe volta alla creazione di un canale preferenziale con la P.A., al fine di assicurarsi preventivamente la disponibilità del futuro sindaco a compiere futuri imprecisati favori¹⁰.

L'attività politica è, inoltre, contrassegnata da una serie di comportamenti che caratterizzano il campo delle relazioni pubbliche ed istituzionali e che – anche se in grado di rientrare astrattamente nel campo di applicazione della nuova figura incriminatrice – vengono considerati “*socialmente adeguati*”¹¹, ovvero corrispondenti a prassi riconosciute e rispetto ai quali dovrebbe certamente escludersi la rilevanza penale.

Nelle pagine che seguono vedremo quindi come la “nuova” corruzione per l'esercizio della funzione si esponga ad un pericolo di *iper-criminalizzazione*, nel momento in cui tale fattispecie trovi applicazione in “ambito politico”, ed in particolare con riferimento a quei *pubblici agenti che necessitano di procurarsi risorse economiche*

⁹ Cfr. C. BENUSSI, sub *art. 318*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, 2015, p. 221. In questo senso si è espressa anche la Corte di cassazione che – in una sua recente pronuncia (Cass. pen., sez. VI, 25 settembre 2014, n. 47271, in *DeJure*) – ha affermato che: «dopo il *novum* normativo introdotto dalla l. 6 novembre 2012, n. 190, la previsione base è costituita dall'art. 318 c.p., che non solo continua a punire la *corruzione impropria* per atto conforme ai doveri d'ufficio, ma punisce anche ogni ulteriore fattispecie di monetizzazione del *munus publicum*, pur se sganciata da una logica di “formale sinallagmaticità”, essendo stata prevista la punizione anche della corruzione per l'esercizio della funzione. Il nuovo art. 319 c.p. contempla, invece, i casi di maggiore gravità, in cui il pubblico ufficiale omette o ritarda un atto di sua competenza o ne compie di addirittura contrari ai doveri d'ufficio».

¹⁰ Cfr. C. BENUSSI, sub *art. 318*, cit., p. 217.

¹¹ Su questo concetto di derivazione tedesca si veda H. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 58, 1939, p. 35 ss. Cfr. poi *amplius infra* par. 3.

per poter concorrere ad un incarico elettivo. Il gruppo di soggetti rispetto ai quali tale figura di reato pare particolarmente problematica è pertanto *un sottoinsieme della categoria di pubblici ufficiali differenziata nel corso del capitolo precedente*: ci si riferirà in particolare ai parlamentari, ai consiglieri regionali e comunali, ai presidenti di Regione e ai sindaci, tutti accomunati dalla necessità di procurarsi i mezzi per finanziare le rispettive campagne elettorali.

Si tratta, in Italia, di un *problema nuovo* che si pone in relazione all'art. 318 cod. pen. riformato e che – per via del poco tempo trascorso dalla sua entrata in vigore – non trova ancora riscontro nella casistica giurisprudenziale.

Spunti interessanti nello studio di questa tematica possono tuttavia trarsi dall'esame di altri ordinamenti: anzitutto quello americano – di cui rimandiamo una compiuta analisi ad un futuro approfondimento del nostro lavoro – dove è possibile tracciare una linea di confine netta tra i casi relativi al finanziamento delle campagne elettorali e tutti gli altri casi di *tangenti* a favore di pubblici funzionari. Questa dicotomia corrisponde nella prassi a due differenti standard di giudizio impiegati dalle corti americane: un primo, più allentato, volto a evitare procedimenti e condanne penali a fronte di ogni sollecitazione, promessa o dazione di denaro o altra utilità a esponenti politici in occasione o in prossimità di campagna elettorale; il secondo, più rigoroso, volto a far cadere nella rete del penalmente rilevante, in contesti diversi dalle campagne elettorali, ogni forma di sfruttamento del potere pubblico per ottenere vantaggi personali, da parte di pubblici funzionari infedeli¹².

Fondamentale per gli scopi del nostro lavoro è inoltre il paragone con il sistema tedesco della corruzione, dal quale è stata per certi versi mutuata la disciplina del “nuovo” art. 318 cod. pen. Dal 1997 lo *Strafgesetzbuch* contempla infatti due figure di reato (§§ 331 e 333 StGB) che – abbandonato il riferimento all'atto d'ufficio – incriminano anch'esse la condotta di chi offre (il privato) o accetta (il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio) “*per l'esercizio del servizio*” un vantaggio per sé o per un terzo¹³. Il fatto che in Germania tali norme incriminatrici siano entrate in vigore da vent'anni rende particolarmente interessante l'esame della giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* e dei tribunali di merito, i quali – avendo avuto modo di pronunciarsi

¹² Cfr. G.L. GATTA, *La repressione della corruzione negli Stati Uniti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, fasc. 3, p. 1282 ss.

¹³ Per la descrizione di queste due fattispecie legali cfr. *infra* par. 2.1.

diverse volte sulla problematica da noi evidenziata in alcuni *hard cases* – sono giunti a conclusioni interessanti sulle quali sarà utile soffermarsi. Anche su questo terreno si costaterà quindi – è questa la nostra ipotesi di lavoro – la problematica riconducibilità delle condotte poste in essere dagli agenti pubblici che ricoprono un incarico politico/elettivo all'interno delle fattispecie incriminatrici pensate per l'omnicomprensiva categoria dei pubblici ufficiali.

Come abbiamo già anticipato, lo studio del sistema tedesco della corruzione si dimostrerà ai nostri fini particolarmente utile anche alla luce della sua profonda riflessione, da tempo in corso in Germania, sul tema delle qualifiche soggettive nei reati contro la pubblica amministrazione. La sensibilità rispetto a questo profilo ha infatti indotto il legislatore all'introduzione nel codice penale di una norma incriminatrice *ad hoc* con riferimento ai titolari di un incarico elettivo (*Mandatsträger*), la cui formulazione – all'esito di un vivace dibattito che si è protratto per diversi anni – è stata recentemente rivista¹⁴.

¹⁴ Si tratta del § 108e il quale, in seguito alla riformulazione avvenuta con la quarantottesima legge di riforma del codice penale tedesco del 23 aprile 2014, (BGBl. I S. 410), recita oggi: «(*Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern*). Wer als Mitglied einer Volksvertretung des Bundes oder der Länder einen ungerechtfertigten Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei der Wahrnehmung seines Mandates eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vornehme oder unterlasse, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. – Ebenso wird bestraft, wer einem Mitglied einer Volksvertretung des Bundes oder der Länder einen ungerechtfertigten Vorteil für dieses Mitglied oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass es bei der Wahrnehmung seines Mandates eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vornehme oder unterlasse. – Den in den Absätzen 1 und 2 genannten Mitgliedern gleich stehen Mitglieder 1. einer Volksvertretung einer kommunalen Gebietskörperschaft, 2. eines in unmittelbarer und allgemeiner Wahl gewählten Gremiums einer für ein Teilgebiet eines Landes oder einer kommunalen Gebietskörperschaft gebildeten Verwaltungseinheit, 3. der Bundesversammlung, 4. des Europäischen Parlaments, 5. einer parlamentarischen Versammlung einer internationalen Organisation und 6. eines Gesetzgebungsorgans eines ausländischen Staates. – Ein ungerechtfertigter Vorteil liegt insbesondere nicht vor, wenn die Annahme des Vorteils im Einklang mit den für die Rechtsstellung des Mitglieds maßgeblichen Vorschriften steht. Keinen ungerechtfertigten Vorteil stellen dar 1. ein politisches Mandat oder eine politische Funktion sowie 2. eine nach dem Parteiengesetz oder entsprechenden Gesetzen zulässige Spende. – Neben einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten kann das Gericht die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, und das Recht, in öffentlichen Angelegenheiten zu wählen oder zu stimmen, aberkennen». La testo dell'articolo previgente disponeva: «(*Abgeordnetenbestechung*). Wer es unternimmt, für eine Wahl oder Abstimmung im Europäischen Parlament oder in einer Volksvertretung des Bundes, der Länder, Gemeinden oder Gemeindeverbände eine Stimme zu kaufen oder zu verkaufen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. – Neben einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten wegen einer Straftat nach Absatz 1 kann das Gericht die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, und das Recht, in öffentlichen Angelegenheiten zu wählen oder zu stimmen, aberkennen».

2. Uno sguardo alle fattispecie incriminatrici di corruzione previste nel codice penale tedesco

Nello *Strafgesetzbuch* la definizione di pubblico ufficiale prevista dal § 11, comma 1, n. 2 StGB comprende – oltre ai giudici (*Richter*) – esclusivamente i funzionari (*Beamter*) e chi si trova in un altro *rapporto d'ufficio* di diritto pubblico o è altrimenti preposto all'esercizio di *funzioni di pubblica amministrazione* presso un'autorità o un altro ufficio o su loro incarico¹⁵. Il codice penale tedesco – a differenza di quello italiano – non adotta una *concezione monolitica di pubblica amministrazione*, ma differenzia dall'insieme dei pubblici ufficiali i c.d. *Mandatsträger*, ovvero gli agenti pubblici che, essendo stati eletti, ricoprono un incarico per mandato. A quest'ultimi lo *Strafgesetzbuch* riserva un autonomo reato di corruzione, previsto dal § 108e StGB (*Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern*)¹⁶ e caratterizzato da elementi peculiari, oltre che da un campo di applicazione più ristretto rispetto a quello delle omologhe fattispecie destinate ai pubblici ufficiali.

Questa importante scelta del legislatore tedesco non è il prodotto della volontà della stessa classe politica di garantirsi un regime penalistico di favore, ma affonda le proprie ragioni in una profonda discussione dogmatica e politico-criminale che pone seri ostacoli ad una equiparazione dell'eletto con il funzionario pubblico¹⁷.

Cerchiamo ora di tracciare un breve quadro d'insieme della sistematica del codice penale tedesco in materia di corruzione, partendo dai delitti dei pubblici ufficiali (§ 11, comma 1, n. 2 StGB), con particolare riferimento a quelle due figure di reato che possono dirsi corrispondenti alla “nuova” *corruzione per l'esercizio della funzione* di cui all'art. 318 cod. pen.

¹⁵ Per un'analisi dettagliata del § 11, comma 1, n. 2 StGB cfr. *supra* cap. I, par. 4.

¹⁶ Per il testo di questo articolo si veda *supra* nota n. 14.

¹⁷ Cfr. T. MANSO PORTO, *Corrupción y “compraventa” del voto de los diputados y demás mandatarios políticos a la luz del derecho penal español y alemán: los casos Wuppertal, Camas y Arrecife*, in L.M. PUENTE ABA (a cura di), *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción*, Barcellona, 2015, p. 381 ss.

2.1. *I reati di corruzione dei pubblici ufficiali: in particolare i paragrafi § 331 (Vorteilsannahme) e 333 (Vorteilsgewährung) StGB*

Con riferimento alla corruzione dei soli pubblici ufficiali (e non degli eletti), il codice penale tedesco prevede una sistemica composta da quattro fattispecie incriminatrici e basata sul dualismo tra corruzione *attiva* e *passiva* e *propria* ed *impropria*. I paragrafi 331 (*Vorteilsannahme*) e 332 (*Bestechlichkeit*) StGB – che fotografano il comportamento corruttivo dal punto di vista del pubblico ufficiale (o del giudice) – configurano ipotesi di *corruzione passiva* e si riferiscono alla condotta di chi chiede, si fa promettere o accetta un vantaggio per sé o per un terzo. Al contrario, nei paragrafi 333 (*Vorteilsgewährung*) e 334 (*Bestechung*) StGB si ha riguardo alle ipotesi di *corruzione attiva*, punendosi la condotta di chiunque offre, promette o corrisponde ad un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio (o ad un soldato delle forze armate federali o ad un giudice) un vantaggio per lui o per un terzo.

Nella formulazione originaria di queste disposizioni la controprestazione per l'elargizione di tali vantaggi al pubblico funzionario poteva essere costituita da un atto conforme (*Vorteilsannahme*¹⁸ e *Vorteilsgewährung*¹⁹) o contrario (*Bestechlichkeit*²⁰ e *Bestechung*²¹) ai doveri d'ufficio. Tale impostazione è stata modificata nel 1997 dalla c.d. legge per la lotta alla corruzione²² che – tra diverse importanti innovazioni – ha riformulato i §§ 331 e 333 StGB, i quali prevedono ora due ipotesi di corruzione (rispettivamente passiva e attiva) che potremmo definire, analogamente alla omologa

¹⁸ § 331, Abs. 1. Vorteilsannahme (alte Fassung): «Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der einen Vorteil als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft».

¹⁹ § 333, Abs. 1. Vorteilsgewährung (alte Fassung): «Wer einem Amtsträger, einem für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten oder einem Soldaten der Bundeswehr als Gegenleistung dafür, daß er eine in seinem Ermessen stehende Diensthandlung künftig vornehme, einen Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft».

²⁰ § 332, Abs. 1. Bestechlichkeit (alte Fassung): «Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der einen Vorteil als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch seine Dienstpflichten verletzt hat oder verletzen würde, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Der Versuch ist strafbar».

²¹ § 334, Abs. 1. Bestechung (alte Fassung): «Wer einem Amtsträger, einem für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten oder einem Soldaten der Bundeswehr einen Vorteil als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, daß er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch seine Dienstpflichten verletzt hat oder verletzen würde, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft».

²² Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13.8.1997 (BGBl, I 2038).

disposizione del codice penale italiano, “funzionali”. Il comma 1 del paragrafo § 331 StGB stabilisce infatti: «Il pubblico ufficiale, il pubblico ufficiale europeo o l’incaricato di un pubblico servizio che chiede, si fa promettere o accetta, *per l’esercizio del servizio*, un vantaggio per sé o per un terzo, è punito con la pena detentiva fino a tre anni o con la pena pecuniaria»²³. Ed ugualmente, il comma 1 del paragrafo § 333 StGB dispone: «Chiunque, per l’esercizio del servizio, offre, promette o corrisponde ad un pubblico ufficiale, ad un pubblico ufficiale europeo, ad un incaricato di un pubblico servizio o ad un soldato delle forze armate federali, un vantaggio per lui o per un terzo, è punito con la pena detentiva fino a tre anni o con la pena pecuniaria»²⁴.

Per mezzo di queste modifiche normative il legislatore tedesco ha voluto porre rimedio a problematiche analoghe a quelle menzionate con riguardo all’art. 318 cod. pen.²⁵. Anche in Germania infatti – in ragione della formulazione previgente che richiedeva che il vantaggio fosse stato dato o ricevuto quale corrispettivo di una concreta azione di servizio – erano emersi problemi di sussunzione in relazione alle condotte, sempre più frequenti nella prassi giurisprudenziale, di chi offra un’utilità per acquistare la *generale benevolenza* o la *disponibilità* di un funzionario o di un ufficio nei propri confronti. Si tratta delle ipotesi di elargizioni iniziali fatte con l’intento di creare un *rapporto di vicinanza o di dipendenza* tra chi corrisponde il vantaggio e l’agente pubblico, allo scopo di ottenere vantaggi futuri, non ancora specificati (c.d. *Anfüttern* o “foraggiamento”). Oppure ci si riferisce a quei casi di pagamenti effettuati *a futura memoria* ed indirizzati alla creazione di un clima favorevole tra il privato ed un determinato pubblico ufficiale o ufficio (*Klimapflege* o “cura del clima”)²⁶. Tutte condotte ad oggi pacificamente ricomprese nelle disposizioni incriminatrici vigenti²⁷.

Nonostante questo ampliamento normativo, secondo l’opinione della dottrina tedesca dominante, nucleo delle due fattispecie rimane in ogni caso la connessione

²³ § 331, Abs. 1. Vorteilsannahme: «Ein Amtsträger, ein Europäischer Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der für die Dienstaübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft».

²⁴ § 333, Abs. 1. Vorteilsgewährung: «Wer einem Amtsträger, einem Europäischen Amtsträger, einem für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten oder einem Soldaten der Bundeswehr für die Dienstaübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft».

²⁵ Cfr. *supra* par. 1.

²⁶ Cfr. A. SPENA, *Il “turpe mercato”. Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003, p. 120-121.

²⁷ Cfr. U. KINDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, VII Auflage, Bonn, 2015, Rn. 17, p. 456.

contenutistica tra l'esercizio del servizio e il conferimento di un vantaggio. La necessità di tale relazione viene espressa attraverso la parola "per" e si manifesta nell'esigenza che sussista un *accordo illecito* tra le parti. In altre parole, perché si possa parlare di accettazione o concessione di vantaggi ex §§ 331 e 333 StGB, l'elargizione deve avvenire con lo scopo che il pubblico ufficiale abbia compiuto o compirà qualsiasi azione di servizio, e il pubblico agente deve riconoscere questa relazione tra il vantaggio e l'esercizio del servizio o deve quantomeno metterla in conto approvandola²⁸.

All'ampliata formulazione dei due reati fa tuttavia da contraltare il comma terzo di entrambi i paragrafi (già in vigore prima della riforma del 1997), secondo cui è da escludersi la sanzione penale se l'autorità competente, nell'ambito dei suoi poteri, aveva preventivamente autorizzato l'accettazione del vantaggio da parte del destinatario, ovvero questi denuncia immediatamente il fatto a tale autorità e questa autorizza l'accettazione²⁹. Tale disposizione, che non trova corrispondenza nell'ordinamento italiano, è stata introdotta con lo scopo di escludere la punibilità di quelle condotte che – pur rientrando in astratto all'interno del campo di applicazione dei paragrafi 331 e 333 StGB – risultano usuali e finanche socialmente accettate³⁰.

Sempre per quanto riguarda il campo d'applicazione di queste norme, è stata oggetto di dibattito la possibilità di considerarvi ricompresa l'accettazione di un vantaggio "in relazione al servizio", ovvero in relazione a quell'attività che viene svolta dal pubblico funzionario avvalendosi della sua qualità, ma senza attivare quei poteri istituzionali che sono propri del suo ufficio o a questi in qualche modo ricollegabili. Rispetto a questo punto, mentre la giurisprudenza più risalente era solita ricomprendere nel concetto di

²⁸ Cfr. T. FISCHER, sub § 331, in *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, LXIII Auflage, München, 2016, Rn. 21-24, p. 2490-2491.

²⁹ § 331, Abs. 3: «Die Tat ist nicht nach Absatz 1 strafbar, wenn der Täter einen nicht von ihm geforderten Vorteil sich versprechen läßt oder annimmt und die zuständige Behörde im Rahmen ihrer Befugnisse entweder die Annahme vorher genehmigt hat oder der Täter unverzüglich bei ihr Anzeige erstattet und sie die Annahme genehmigt». Nella traduzione italiana: «*Il fatto non è punibile ai sensi del co.1°, se l'autore si fa promettere o accetta un vantaggio da lui non richiesto e l'autorità competente, nell'ambito dei suoi poteri, aveva preventivamente autorizzato l'accettazione, ovvero l'autore denuncia immediatamente il fatto a tale autorità e questa autorizza l'accettazione*». § 333, Abs. 3: «Die Tat ist nicht nach Absatz 1 strafbar, wenn die zuständige Behörde im Rahmen ihrer Befugnisse entweder die Annahme des Vorteils durch den Empfänger vorher genehmigt hat oder sie auf unverzügliche Anzeige des Empfängers genehmigt». Nella traduzione italiana: «*Il fatto non è punibile ai sensi del co. 1°, se l'autorità competente, nell'ambito dei suoi poteri, aveva preventivamente autorizzato l'accettazione del vantaggio da parte del destinatario, ovvero l'autorizza a seguito di immediata denuncia da parte del destinatario*».

³⁰ Cfr. M. MAIWALD, *La disciplina della corruzione nella Repubblica federale tedesca*, in G. FORNASARI, N.D. LUISI (a cura di), *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, Atti del convegno Trento 18 e 19 maggio 2001, Padova, 2003, p. 281-282.

“azione di servizio” tutte quelle attività che potevano essere realizzate attraverso la posizione del funzionario, la dottrina è ora orientata in senso più restrittivo. Così – nel tentativo di delimitare il campo di applicazione della fattispecie – si sostiene che appartengono all’ambito delle azioni di servizio del pubblico agente solamente quelle che stanno in un *rappporto di relazione funzionale* con i compiti a questi assegnati³¹; tanto che non vi rientrano quelle condotte che vengono realizzate sfruttando esclusivamente l’influenza o il prestigio del pubblico ufficiale; ovvero quelle in cui quest’ultimo si avvale solo delle competenze o abilità che ha potuto sviluppare nell’ambito del suo incarico³². Analoghe conclusioni possono trarsi dal confronto con la giurisprudenza italiana, la quale ha avuto modo di affermare come esuli dal campo di applicazione dell’art. 318 cod. pen. l’attività del pubblico ufficiale posta in essere semplicemente *in occasione dell’ufficio*, ovvero quella che viene svolta senza concretare l’uso dei poteri funzionali connessi alla qualifica dell’agente ma esclusivamente in relazione all’autorevolezza o al prestigio derivatogli dalla carica rivestita³³.

Da questo breve esame dei §§ 331 e 333 dello *Strafgesetzbuch* emerge quindi una totale consonanza tra queste figure incriminatrici e l’art. 318 del codice penale italiano. E ciò non solo in relazione alla formulazione letterale delle norme, ma anche rispetto all’elaborazione giurisprudenziale dei principali elementi costitutivi. Alla luce di questi aspetti comuni, si avvalora il proposito di soffermare la nostra attenzione sulla prassi applicativa dei reati di corruzione del codice penale tedesco, al fine di indagare più approfonditamente i criteri utilizzati per distinguere le condotte penalmente rilevanti da quelle lecite, in particolare nel contesto dei finanziamenti delle campagne elettorali, dei singoli politici, oltre che delle donazioni ai partiti e alle fondazioni che a questi fanno riferimento.

³¹ Cfr. R. MAURACH, F.C. SCHROEDER, M. MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil (Teilband 2)*, X Auflage, München, 2012, Rn. 22-23, p. 356.

³² Cfr. C. SOWADA, sub § 331, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, XII Auflage, Berlin, 2009, Rn. 55-59, p. 73-77.

³³ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 8 marzo 2012, n. 38762, in *DeJure*, che si riferisce al tema delle c.d. raccomandazioni.

2.2. (Segue): *Il reato di corruzione attiva e passiva dell'eletto: il § 108e StGB (Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern)*

Come abbiamo già evidenziato, il codice penale tedesco non adotta una concezione monolitica di pubblica amministrazione, ma differenzia dall'insieme dei pubblici ufficiali i c.d. *Mandatsträger*, ovvero gli agenti pubblici che, essendo stati eletti, ricoprono un incarico per mandato. A costoro lo *Strafgesetzbuch* riserva un autonomo reato di corruzione, previsto dal § 108e StGB (*Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern*).

Tralasciando per ora l'analisi dei singoli elementi costitutivi, basti qui ribadire che tale figura incriminatrice – di recente sensibilmente modificata in esito ad un lungo dibattito parlamentare³⁴ – si riferisce *ai membri delle assemblee rappresentative nazionali o dei Länder*, così come ad altre figure “eletti”, menzionate dal terzo comma: i membri di un organo di rappresentanza di un ente locale comunale, di un'assemblea (eletta con un voto diretto e generale) di un'unità amministrativa costituita nell'area di un *Land* o di un ente territoriale comunale, dell'Assemblea federale, del Parlamento europeo, di un'assemblea parlamentare di un'organizzazione internazionale o di un organo legislativo di uno Stato straniero³⁵.

Si tratta, come dicevamo, di un gruppo di soggetti meno ampio di quello da noi individuato nel capitolo precedente. Non rientrano infatti nell'ambito applicativo di questa disposizione alcuni pubblici agenti che pur ricoprono un incarico politico/elettivo – il sindaco, il ministro, il presidente e i ministro di un *Land*, ai quali sono quindi applicabili, non senza difficoltà, le disposizioni incriminatrici previste per i pubblici ufficiali, di cui ai § 331 ss. StGB. Si riferiscono proprio a quest'ultimi soggetti i casi più problematici sottoposti al vaglio della giurisprudenza tedesca, sui quali di seguito ci soffermeremo.

³⁴ Dalla quarantottesima legge di riforma del codice penale tedesco del 23 aprile 2014 (BGBl. I S. 410) (Ampliamento del reato di corruzione del Parlamentare), entrata in vigore il 1 settembre 2014.

³⁵ Riportiamo per facilità di lettura il testo originale del terzo comma del paragrafo § 108e StGB: «Den in den Absätzen 1 und 2 genannten Mitgliedern gleich stehen Mitglieder 1. einer Volksvertretung einer kommunalen Gebietskörperschaft, 2. eines in unmittelbarer und allgemeiner Wahl gewählten Gremiums einer für ein Teilgebiet eines Landes oder einer kommunalen Gebietskörperschaft gebildeten Verwaltungseinheit, 3. der Bundesversammlung, 4. des Europäischen Parlaments, 5. einer parlamentarischen Versammlung einer internationalen Organisation und 6. eines Gesetzgebungsorgans eines ausländischen Staates».

3. I tentativi della dottrina tedesca di delimitare il campo di applicazione dei reati di accettazione (*Vorteilsannahme*, § 331 StGB) e concessione di vantaggi (*Vorteilsgewährung*, § 333 StGB)

In seguito alle modifiche introdotte dalla legge per la lotta alla corruzione del 1997 (*Korruptionsbekämpfungsgesetz*) è immediatamente emersa, nella dottrina tedesca, la consapevolezza della presenza di un campo di applicazione troppo ampio delle fattispecie di corruzione di cui ai § 331 e 333 StGB. Ciò principalmente sulla scorta di due innovazioni normative: da un lato, l'allentamento del requisito dell'*accordo illecito*, che oggi può avere ad oggetto anche il generico svolgersi della funzione e non più la sola concreta azione di servizio; dall'altro, la possibilità – prima non ammessa – che il vantaggio ottenuto o promesso al pubblico agente sia, in realtà, diretto ad un terzo. Stando così le cose – e attenendosi alla lettera della norma – potrebbero rientrare nell'ampio campo di applicazione dei paragrafi 331, comma 1 e 333, comma 1 StGB anche alcune *accettazioni* o *concessioni di vantaggi*, non solo considerate lecite, ma anche altamente incentivate dall'ordinamento. Ci si riferisce nella dottrina tedesca, in prima battuta, al *finanziamento privato della politica* nelle sue varie declinazioni: quello dei partiti, dei singoli o delle campagne elettorali; ma anche a tutte quelle forme di elargizioni private indirizzate al sostentamento di compiti pubblici (ad esempio il finanziamento privato della ricerca scientifica universitaria o lo *sponsoring* di alcune attività dell'amministrazione). Senza dimenticare poi tutta quella serie di comportamenti che caratterizzano il campo delle relazioni pubbliche ed istituzionali e che – anche se in grado di rientrare astrattamente nel campo di applicazione della nuova figura incriminatrice – vengono considerati “*socialmente adeguati*”, ovvero corrispondenti a prassi riconosciute e rispetto ai quali dovrebbe certamente escludersi la rilevanza penale.

Diversi sono stati allora i tentativi di distinguere i comportamenti corruttivi punibili da quelli non punibili; a partire dall'assunto che la volontà legislativa di ampliare la precedente formulazione delle norme, considerata allora troppo ristretta, non giustificerebbe – oggi – estensioni “ad occhi chiusi” della punibilità a tutti quei casi che possono essere ricompresi “linguisticamente” nei termini della formulazione

letterale delle disposizioni³⁶. Così si è fatto ricorso al concetto di *adeguatezza sociale* (*Sozialadäquanz*) – proposto, in origine, da *Hans Welzel* in un suo famoso saggio³⁷ – secondo cui le azioni che si muovono pienamente nel campo del normale ordine sociale non devono rientrare nell’ambito di una fattispecie incriminatrice anche quando possono essere sussunti nella sua formulazione letterale.

Malgrado le critiche principalmente dogmatiche che sono stati dirette a questa categoria giuridica, in ragione della sua intrinseca imprecisione, nel comune sentire della dottrina è rimasta in ogni caso irrinunciabile la necessità di giungere, in *via interpretativa*, ad una restrizione dell’ambito dell’illiceità dei paragrafi § 331 e 333 StGB. Così, per la delimitazione del campo di applicazione di questi reati sono stati elaborati – oltre al criterio dell’adeguatezza sociale – i principi della *tenuità*, della *trasparenza* e del *rispetto di regole extra-penalistiche*. Queste categorie, nella visione che ricorre nella dottrina tedesca, sono tutte funzionali ad una interpretazione restrittiva, orientata dal bene giuridico protetto, dell’elemento costitutivo dell’*accordo illecito*. In altre parole, il ricorrere di una di queste circostanze (la *tenuità*, la *trasparenza*, l’*adeguatezza sociale* ed il *rispetto di regole extra-penalistiche*), deve far escludere all’interprete la sussistenza di un accordo illecito tra il privato e il soggetto pubblico che riceve l’elargizione, a causa della mancanza di una concreta messa in pericolo del bene giuridico protetto – l’integrità e la “non comprabilità” delle scelte dell’amministrazione e la fiducia della collettività in questa integrità³⁸ –, o poiché il comportamento posto in essere dalle parti corrisponde al c.d. *rischio consentito*³⁹; riferendosi con quest’ultima nozione a quelle condotte che, sebbene creino un rischio giuridicamente rilevante di lesione del bene giuridico tutelato dalle norme, sono generalmente consentite, tanto che si esclude fin da subito la sussistenza dell’elemento oggettivo dell’*accordo illecito*. Sofferamoci allora sui criteri sopracitati – invero, fin ora, piuttosto nebulosi – per meglio comprendere a che cosa la dottrina tedesca abbia voluto fare effettivamente riferimento.

³⁶ Cfr. C. SOWADA, sub § 331, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, cit., Rn. 71, p. 84-85.

³⁷ Cfr. H. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 58, 1939, p. 35 ss.

³⁸ Cfr. V. KREY, M. HEINRICH, U. HELLMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil (Band 1)*, XVI Auflage, Stuttgart, 2015, Rn. 907, p. 295; H. OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, VII Auflage, Berlin, 2005, § 99, Rn. 1, p. 555.

³⁹ Cfr. C. KNAUER, J. KASPAR, *Restriktives Normverständnis nach dem Korruptionsbekämpfungsgesetz*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2005, p. 393 ss.

La *tenuità* dell'elargizione può essere intesa come l'indizio immediato della mancanza di un rapporto di reciprocità tra la dazione e la controprestazione del pubblico agente, e quindi dell'assenza di un astratto pericolo per il bene giuridico protetto. Alcuni Autori hanno proposto la fissazione di un valore massimo dell'elargizioni consentite, sotto al quale la *tenuità* della dazione dovrebbe essere presupposta⁴⁰. Una tale proposta è stata tuttavia considerata inadeguata, in ragione del fatto che rimarrebbe in ogni caso esclusa la considerazione delle circostanze del caso concreto: per esempio, la stessa cifra di denaro è più o meno idonea a corrompere un pubblico agente a seconda della situazione economica di quest'ultimo⁴¹.

Il secondo criterio menzionato dalla dottrina è quello della *trasparenza del procedimento*. Con tale concetto si è inteso affermare che quando uno scambio di prestazioni è puntualmente documentato e reso pubblico si può certamente escludere la sussistenza di un accordo illecito tra le parti. Autorevole dottrina ha tuttavia invitato a non sopravvalutare questo criterio: la pubblicità e il rispetto di regole procedurali non escludono sempre e comunque il *collegamento illecito* tra il vantaggio ottenuto dal pubblico agente e l'esercizio del servizio, che quindi possono ancora compromettere il bene giuridico⁴².

Già dicevamo che con la nuova formulazione dei § 331 e 333 StGB il concetto di *adeguatezza sociale* ha vissuto una fase di rinnovata considerazione. Nella dottrina tedesca si deve a *Eser* la definizione più chiara di questa sfocata categoria, che dipende dalla consuetudine sociale di un comportamento – ovvero dal fatto che questo non è tipico esclusivamente di un singolo o di un gruppo isolato di persone – e dal suo grado di ripetitività. Attraverso il concetto di *adeguatezza sociale* si vuole indicare quindi che il comportamento diffuso ed abituale è visto come degno di approvazione o quantomeno come socialmente tollerabile⁴³. Anche questa più precisa definizione non elimina completamente i problemi di certezza giuridica. Si è tuttavia sostenuto che, pur nella sua congenita vaghezza, il concetto di *adeguatezza sociale* – e quindi la circostanza che un

⁴⁰ Cfr. H. LESCH, *Anwaltliche Akquisition zwischen Sozialadäquanz, Vorteilsgewährung und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*, in *Anwaltsblatt*, 2003, Heft 5, p. 261 ss.

⁴¹ Cfr. D. DÖLLING, *Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2000, p. 346.

⁴² Cfr. H. SATZGER, *Bestechungsdelikte und Sponsoring*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2003, Heft 3, p. 498.

⁴³ Cfr. A. ESER, „Sozialadäquanz“: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, p. 199 ss.

comportamento corrisponda a regole sociali non scritte ed universalmente accettate – sia, in ogni caso, un fattore in grado di precisare il c.d. *rischio consentito* del caso concreto: se un comportamento è socialmente riconosciuto – e si muove quindi all’interno di convenzioni sociali non scritte – si può inferire la mancanza di un rischio rilevante e dunque l’assenza di un’effettiva messa in pericolo del bene giuridico tutelato, con conseguente insussistenza della fattispecie incriminatrice⁴⁴.

Per quanto attiene invece al *rispetto di regole extra penalistiche*, si afferma che questa categoria esclude la presenza di un accordo illecito tra colui che elargisce un vantaggio e il pubblico agente che lo riceve quando vengono rispettate quelle regole – principalmente di diritto amministrativo – che, in casi particolari, presiedono al corretto svolgimento di tali scambi. In questo filone *Cramer* ha proposto di rilevare la sussistenza di una causa di giustificazione – e quindi, di conseguenza, di scriminare le fattispecie incriminatrici di *accettazione o concessione di un vantaggio* – tutte le volte in cui lo Stato permette la detrazione, totale o parziale, di queste elargizioni private dal reddito tassato, considerandole corrispondenti alla realizzazione di scopi sociali, caritatevoli o culturali⁴⁵.

Nonostante le molte incertezze nella loro definizione teorica, le categorie sopradescritte hanno comunque trovato applicazione in giurisprudenza quali strumenti di restrizione del campo d’applicazione dei paragrafi § 331 e 333 StGB. Per quanto riguarda il concetto di *tenuità*, le pronunce del *Bundesgerichtshof* e dei tribunali di merito non lasciano trasparire indicazioni univoche. Così, in alcuni casi, si è utilizzata la *tenuità* per definire la categoria dell’*adeguatezza sociale*, affermando che un comportamento è *socialmente adeguato* solo quando le «attenzioni rivolte al pubblico agente sono relativamente tenui»⁴⁶. D’altra parte il BGH, in presenza di concessioni di

⁴⁴ Cfr. C. KNAUER, J. KASPAR, *Restriktives Normverständnis nach dem Korruptionsbekämpfungsgesetz*, cit., p. 397.

⁴⁵ Cfr. P. CRAMER, *Zum Vorteilsbegriff bei den Bestechungsdelikten*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, p. 945 ss. Nel senso dell’esclusione del fatto tipico nel caso in cui vengano rispettate le menzionate norme *extra penalistiche*, si veda C. KNAUER, J. KASPAR, *Restriktives Normverständnis nach dem Korruptionsbekämpfungsgesetz*, cit., p. 399.

⁴⁶ BGH, *Urteil* vom 23 ottobre 2002 – 1 StR 541/01 (LG Ulm), in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2003, p. 763 ss., che afferma testualmente: «Diese Beziehung zwischen Vorteil und Diensthandlung (nach der alten Fassung des Tatbestands) entfällt hier auch nicht etwa deshalb, weil entsprechende Vorteilsgewährungen im Tatzeitraum „branchenüblich“ waren. Unter dem rechtlichen Gesichtspunkt, in gewissem Umfang übliche und deshalb sozialadäquate Vorteile von der Strafbarkeit auszunehmen, können allenfalls gewohnheitsmäßig anerkannte, relativ geringwertige Aufmerksamkeiten aus gegebenen Anlässen vom Tatbestand ausgenommen sein».

vantaggi ripetute o a scadenza regolare – anche di valore considerevolmente basso – ha considerato oltrepassati i confini dell’*adeguatezza sociale*⁴⁷. Alla persistente vaghezza nell’applicazione di questi criteri ha tentato di porre rimedio una pronuncia del tribunale di Francoforte che ha ritenuto penalmente irrilevanti solo quelle elargizioni così esigue da non poter destare la ragionevole impressione che il ricevente, attraverso l’accettazione dell’elargizione, si sia obbligato al donante⁴⁸. Dubitando invece della reale efficacia della categoria della *tenuità*, Roxin ha preferito giungere alla restrizione del campo d’applicazione di queste fattispecie incriminatrici attraverso un’interpretazione conforme al bene giuridico tutelato dalle disposizioni, accantonando ogni riferimento alla *tenuità* o all’*adeguatezza sociale*, entrambi considerati concetti troppo vaghi. Si è affermata così la mancanza di un fatto tipico di corruzione nel caso di un piccolo regalo ad un funzionario pubblico in occasione dell’inizio del nuovo anno, partendo dal presupposto che tale elargizione non ledeva la fiducia della collettività nell’integrità dell’amministrazione pubblica; secondo Roxin, bene giuridico tutelato dai § 331 e 333 StGB⁴⁹.

Le ipotesi più significative in cui la giurisprudenza ha fatto applicazione di questi criteri di delimitazione riguardano tuttavia i casi di finanziamento privato della ricerca scientifica (*Drittmittelforschung*) e quelle di *sponsoring* privato di alcune iniziative della p.a. Si tratta, in entrambe le circostanze, di elargizioni di denaro da parte di privati nei confronti dell’amministrazione pubblica non solo ammesse, ma anche incentivate dall’ordinamento statale e quindi, potremmo dire, rientranti in astratto all’interno del c.d. *rischio consentito*. Tale rischio è tuttavia considerato accettabile solo nelle ipotesi in cui – in ragione delle circostanze del caso concreto – può essere escluso con certezza il carattere illecito dello scambio di prestazioni. E per affermare o escludere l’illegittimità delle dazioni la giurisprudenza ha fatto principalmente uso del criterio del *rispetto delle regole extra-penalistiche*.

⁴⁷ Cfr. BGH, *Urteil* vom 3 dicembre 1997 – 2 StR 267/97 (LG Koblenz), in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1998, p. 194 ss. È il caso del pagamento di due bicchieri di birra ad un poliziotto, ripetutosi per circa novanta volte, che è stato ritenuto un comportamento non corrispondente agli usi socialmente accettati.

⁴⁸ Cfr. OLG Frankfurt, *Urteil* vom 9 marzo 1990 – 1 Ss 505/89, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, p. 2074, p. 2074 ss.

⁴⁹ Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, München, 2006, § 10, Rn. 40, p. 298-299.

3.1. La giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* in materia di finanziamento privato della ricerca scientifica (*Drittmittelforschung*)

In una importante pronuncia del 2002 il *Bundesgerichtshof* ha sancito che il rispetto delle regole che presiedono alla raccolta di finanziamenti privati destinati al sostegno della ricerca in ambito universitario esclude la responsabilità penale per il reato di *accettazione o concessione di vantaggi ex § 331 e 333 StGB*. La sentenza in questione è originata dal caso di un cardiocirurgo – professore ordinario presso l’università di Heidelberg e primario del reparto di cardiocirurgia dell’ospedale universitario – che aveva ottenuto da un’azienda privata un’ingente somma di denaro, che questi aveva poi trasferito, non alla clinica presso la quale lavorava, ma sul conto corrente di un’associazione per la ricerca di cui era presidente, che l’aveva quindi utilizzata per le proprie attività⁵⁰.

Il medico – in ragione del suo ruolo di primario del reparto di cardiocirurgia – aveva l’incarico di scegliere a quale società rivolgersi per l’approvvigionamento delle apparecchiature tecniche, oltre che il compito di dedicarsi alla raccolta di fondi esterni, finanche privati, per il finanziamento delle attività di ricerca. In esecuzione di queste competenze di servizio, il chirurgo aveva concordato con un’azienda – la quale già forniva alla clinica universitaria di Heidelberg alcuni macchinari e attrezzature mediche – la concessione di uno sconto del 5% sul pagamento delle apparecchiature sanitarie, il cui ammontare sarebbe dovuto confluire su un “conto bonus” gestito dalla stessa azienda e successivamente messo a diretta disposizione del medico. Con l’accettazione di tale finanziamento l’indagato non intendeva arricchire se stesso; questi, al contrario, era mosso esclusivamente dall’intenzione di assicurarsi un’adeguata fonte di denaro per i propri progetti di ricerca, tanto che aveva fondato un’associazione per gestire in prima persona i fondi che sarebbe stato in grado di procurarsi.

La circostanza che questo denaro provenisse, non da un’istituzione pubblica, ma da una fonte privata – un’azienda o una società – ha fatto sì che tali trasferimenti di denaro fossero sottoposti all’attenzione dell’autorità giudiziaria. I professori e i ricercatori universitari sono infatti considerati *pubblici ufficiali* nel significato del § 11, comma 1, n. 2 StGB. Attraverso il finanziamento della ricerca le loro condizioni di lavoro sono

⁵⁰ Cfr. BGH, *Urteil* vom 23 maggio 2002 – 1 StR 372/01 (LG Heidelberg), in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, p. 2801.

senza dubbio vantaggiosamente migliorate; e siccome assai raramente un vantaggio è elargito a fondo perduto, tale operazione è stata sospettata di essere collegata alla volontà della società privata di garantirsi la disponibilità del medico a compiere futuri imprecisati favori, integrando così un comportamento penalmente rilevante. Una situazione questa che – se riportata su larga scala – è in grado di ingenerare anche conseguenze economiche negative: il pericolo di incorrere in una qualche forma di responsabilità penale può infatti disincentivare le aziende private ad investire nel finanziamento della ricerca universitaria, privando così le istituzioni pubbliche di una decisiva fonte di sostentamento.

Nella pronuncia in esame il *Bundesgerichtshof* ha confermato la sentenza di condanna di primo grado per il reato di *accettazione di vantaggi ex § 331 StGB*, sancendo tuttavia il principio secondo cui tale fattispecie incriminatrice deve essere interpretata in senso restrittivo – e quindi esclusa – tutte le volte in cui i mezzi economici messi a disposizione degli agenti pubblici, da parte dei privati, siano regolarmente denunciati agli uffici preposti e siano elargiti (e incamerati) nel rispetto delle regole previste per la raccolta di finanziamenti esterni da parte delle istituzioni pubbliche.

Per risolvere il caso in questione il BGH si è allora riferito alla legge sull'università del *Land del Baden Württemberg*. Tale testo normativo – modificato nel 2000 tenendo proprio conto dei possibili risvolti penalistici del finanziamento privato della ricerca – descrive la raccolta di fondi privati come un dovere primario del professore o ricercatore universitario. L'offerta di denaro da parte di un soggetto terzo deve essere denunciata al rettorato o agli uffici specificatamente preposti. Si stabilisce inoltre, con lo sguardo chiaramente rivolto al possibile insorgere di una responsabilità penale, che l'autorizzazione dell'università sull'accettazione di fondi comprende anche l'approvazione sulle modalità d'impiego del denaro privato da parte dei membri dell'Università.

Nel caso giunto all'esame della Cassazione tedesca il medico indagato non aveva rispettato queste prescrizioni. Se lo avesse fatto – si legge in motivazione – gli sarebbe stata certamente risparmiata la condanna per il reato di *accettazione di vantaggi ex § 331 StGB*.

Questa giurisprudenza del BGH – a beneficio della certezza del diritto e della prevedibilità delle decisioni giudiziarie – pone al riparo i funzionari delle università e degli enti di ricerca dalla possibilità incorrere in accuse di corruzione nel momento in cui si occupano della raccolta di fondi privati. D'altra parte – si è notato in senso critico – come seguendo questa impostazione si darebbe vita ad un “diritto penale delle due classi”: non in tutti gli ambiti si può infatti far ricorso a norme di diritto amministrativo, per mezzo delle quali giungere ad un'interpretazione restrittiva delle fattispecie incriminatrici⁵¹. Ma tale critica perde fondamento se, nel momento della precisazione del *rischio consentito* riferibile ad un determinato comportamento, si orienta l'interpretazione della norma penale al bene giuridico protetto. Così – si è sostenuto – anche in mancanza di una specifica regolazione di diritto amministrativo di cui verificare il rispetto, non può essere considerato leso il bene giuridico della *fiducia nell'integrità dell'amministrazione* quando le fonti del finanziamento privato sono rese pubbliche e ci si occupa in modo trasparente dell'assegnazione e amministrazione delle risorse raccolte⁵².

Avremo modo, nel prosieguo del lavoro, di approfondire le critiche cui si espone una soluzione di questo tipo⁵³. I criteri del *rispetto delle regole extra-penalistiche* – così come, per esempio, quello dell'*esiguità* del vantaggio – sono, a nostro parere, solo *indizi* della mancanza di un *accordo illecito*. Se l'elargizione di un privato alla “parte pubblica” viene eseguita conformandosi alle norme competenti in materia, tale circostanza non può di per sé sola escludere la sussistenza di un concreto accordo corruttivo: può ben accadere infatti che tra il privato e l'agente pubblico sussista comunque il patto che alla ricezione del denaro – effettuata secondo le prescrizioni di legge – faccia seguito una concreta azione di servizio nell'interesse del donante. Vedremo quindi di seguito come il *Bundesgerichtshof* – nella coscienza della limitatezza dei criteri sopraproposti e della perdurante necessità di un'interpretazione restrittiva delle fattispecie di cui ai § 331 e 333 StGB – abbia tentato, proprio

⁵¹ Cfr. S. DIETRICH, H. SCHATZ, *Sicherung der privaten Drittmittelförderung*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2001, p. 521 ss.

⁵² Cfr. R. MICHALKE, *Drittmittel und Strafrecht – Licht am Ende des Tunnels?*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, p. 3382. Per un ulteriore commento alla decisione cfr. anche M. KORTE, *Anwendungsbereich des Tatbestands der Vorteilsannahme – Drittmittel*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2003, p. 156 ss.

⁵³ Cfr. *infra amplius* cap. V, par. 2.2.5.

nell'ambito del finanziamento della politica, di far uso di criteri diversi utili a questo scopo.

4. L'applicazione giurisprudenziale dei reati di accettazione (*Vorteilsannahme*, § 331 StGB) e concessione di vantaggi (*Vorteilsgewährung*, § 333 StGB) nell'ambito del finanziamento della politica

Alla volontà di ampliamento del campo della punibilità, manifestata dal legislatore nella legge per la lotta alla corruzione del 1997, ha fatto quindi da contraltare una netta tendenza della dottrina e della giurisprudenza tedesca ad affermare la necessità di un'interpretazione restrittiva delle fattispecie incriminatrici di cui ai paragrafi § 331 e 333 StGB. E ciò – lo si è già detto – in ossequio a quell'idea forte secondo cui lo scopo perseguito dal legislatore di allargare il campo del penalmente rilevante, considerato in precedenza troppo ristretto, non giustifica indiscriminate estensioni della punibilità a tutti i casi che possono essere ricompresi astrattamente nella nuova formulazione letterale delle norme⁵⁴. In applicazione di questo principio giurisprudenza e dottrina – facendo leva sui particolari criteri teorici che abbiamo appena esaminato (la *tenuità*, la *trasparenza*, l'*adeguatezza sociale* e il *rispetto di regole extra-penalistiche*) – hanno allora tentato di pervenire ad un restringimento di tali figure incriminatrici, e ciò soprattutto con riferimento a quegli ambiti in cui le elargizioni di denaro da parte dei privati nei confronti del “pubblico” non sono solo ammesse, ma anche fortemente incentivate dall'ordinamento.

Ci si vuole ora concentrare su quei casi – più significativi per gli scopi del nostro lavoro – riguardanti le donazioni ai partiti, ai singoli politici o candidati in occasione delle campagne elettorali. Ed in particolare su un'importante decisione del *Bundesgerichtshof*, che ha preso origine da una donazione elettorale ad un sindaco da parte di un imprenditore edilizio, in cui la Corte suprema tedesca è ricorsa ad argomentazioni non ancora sperimentate in altre pronunce⁵⁵.

⁵⁴ Cfr. C. SOWADA, sub § 331, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, cit., Rn. 71, p. 84-85.

⁵⁵ Cfr. BGH, *Urteil* vom 28 ottobre 2004 – 3 StR 301/3 (LG Wuppertal), in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, p. 3569. Per commento favorevole alla decisione si veda D. DÖLLING, *Anmerkung vom Urteil BGH 28 ottobre 2004 – 3 StR 301/3*, in *Juristische Rundschau*, 2005, Heft 12, p. 519 ss.

La vicenda ha visto come protagonisti l'allora sindaco della città di Wuppertal (Kremendahl) – il quale si ricandidava alle elezioni comunali tra le fila della SPD per ottenere un secondo mandato – ed un imprenditore edilizio che, nonostante la sua appartenenza al partito rivale (la CDU), aveva molto apprezzato la politica di investimenti ed espansione urbanistica realizzata da Kremendahl nei primi quattro anni del suo mandato. L'imprenditore si prefiggeva in quel momento la costruzione di un nuovo centro commerciale in città ed era per lui importante che il sindaco rimanesse in carica. E ciò soprattutto perché il candidato ccontrapposto, amministratore delegato di una catena di negozi già presenti in diverse filiali a Wuppertal, aveva tutto l'interesse a non dare seguito al progetto del centro commerciale, nei confronti del quale si era già espresso pubblicamente in senso negativo. Il sindaco e l'imprenditore edilizio si erano quindi incontrati durante una cena elettorale, in cui quest'ultimo aveva promesso al primo un'ingente somma di denaro e aveva messo a sua disposizione un proprio dipendente che durante la campagna elettorale avrebbe potuto svolgere il ruolo di addetto stampa della SPD cittadina. Il sindaco uscente aveva rifiutato elargizioni personali e aveva invitato l'imprenditore ad indirizzare le proprie donazioni alla SPD di Wuppertal. Questi, accettata la proposta, aveva versato nei mesi successivi l'equivalente di circa 250 mila euro, trovando il modo di non sottoporsi agli obblighi di pubblicità previsti dalle leggi tedesche sul finanziamento ai partiti e facendo così apparire le sue donazioni come effettuate da altri.

La sentenza di primo grado del tribunale di Wuppertal⁵⁶ ha affermato che, nel campo delle donazioni elettorali, le fattispecie incriminatrici di cui ai paragrafi § 331 e 333 StGB devono necessariamente essere sottoposte ad *un'interpretazione restrittiva*, analogamente a quanto proposto dal BGH nella sua considerata pronuncia riguardante il finanziamento privato della ricerca universitaria⁵⁷. Mutuando i criteri proposti da quest'ultima decisione, il *Landgericht* ha così sancito che, nei casi di raccolta di fondi privati indirizzati alla campagna elettorale di un funzionario pubblico che si ricandida ad un incarico elettivo, il criterio ai cui riferirsi è quello del rispetto delle norme della legge sui partiti (*Parteiengesetz*): fino a quando tali disposizioni vengono rispettate non

⁵⁶ Cfr. LG Wuppertal, *Urteil* vom 19 dicembre 2002, 26 Kls 835 Js 153/02 – 17/ 02 IV, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2003, p. 1405 ss.

⁵⁷ Cfr. *amplius supra* par. 3.1, BGH, *Urteil* vom 23 maggio 2002 – 1 StR 372/01 (LG Heidelberg), cit., p. 2801.

potranno in nessun caso trovare applicazione le norme incriminatrici di cui ai paragrafi § 331 e 333 StGB.

Il criterio della conformità a norme *extra-penali* quale mezzo per giungere alla restrizione del campo d'applicazione dei reati di *accettazione e concessione di vantaggi* è stato tuttavia accantonato dal *Bundesgerichtshof* nella sentenza di grado successivo. In questa sede la Suprema Corte tedesca ha sostenuto infatti che le norme sulla trasparenza e la pubblicità contenute nella legge sui partiti non tutelano sufficientemente i beni giuridici protetti dai paragrafi § 331 e 333 StGB; tanto che, se è pur vero che tali disposizioni garantiscono la pressoché totale visibilità della situazione finanziaria dei partiti, di contro non colpiscono il rapporto di tipo corruttivo che può insorgere tra il donatore e chi beneficia del finanziamento.

Così, per legittimare l'interpretazione restrittiva delle fattispecie incriminatrici nell'ambito del finanziamento elettorale, il BHG ha guardato anzitutto al reato di *corruzione in cariche elettive* (§ 108e StGB) dalla cui formulazione – più ristretta rispetto a quella della fattispecie riferita ai pubblici ufficiali – si desume chiaramente la volontà del legislatore di ammettere il sostegno generale della politica dei parlamentari e dei partiti tramite sovvenzioni in denaro⁵⁸.

Una seconda argomentazione, questa volta di ordine costituzionale, risiede invece, secondo la Suprema corte tedesca, nella *parità del diritto all'elettorato passivo*. Impedire ad un soggetto che si candida alla rielezione la possibilità di lasciarsi sostenere finanziariamente dai mezzi di altri per l'esercizio della futura funzione, ridurrebbe – in un modo non più giustificabile costituzionalmente – la sua prerogativa alla parità elettorale rispetto a quei candidati che ancora non ricoprono un incarico pubblico e ai quali pertanto non sono applicabili i delitti di corruzione dello *Strafgesetzbuch*. Ne

⁵⁸ Nonostante questo riferimento possa valere anche per la fattispecie oggi in vigore, la sentenza si riferiva alla formulazione previgente che affermava: «(*Corruzione in cariche elettive*). Chiunque si adopera per comprare o vendere il voto nelle elezioni o votazioni del Parlamento europeo, o nelle elezioni federali, dei singoli Länder, di comuni e nei consorzi di comuni, è punito con la pena detentiva fino a cinque anni o con la pena pecuniaria. – In aggiunta alla pena detentiva non inferiore a sei mesi per un reato previsto al comma 1, il giudice può privare della capacità di ottenere diritti derivanti da pubbliche elezioni e del diritto di eleggere o di votare nelle pubbliche consultazioni». La formulazione tedesca recitava invece: «(*Abgeordnetenbestechung*). Wer es unternimmt, für eine Wahl oder Abstimmung im Europäischen Parlament oder in einer Volksvertretung des Bundes, der Länder, Gemeinden oder Gemeindeverbände eine Stimme zu kaufen oder zu verkaufen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. – Neben einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten wegen einer Straftat nach Absatz 1 kann das Gericht die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, und das Recht, in öffentlichen Angelegenheiten zu wählen oder zu stimmen, aberkennen».

risulta di conseguenza che secondo il BGH un pubblico agente non è punibile per il reato di cui all'art. 331 StGB quando il sostegno finanziario a lui concesso serve o deve servire solamente a che questi, dopo l'esito positivo delle elezioni, eserciti il suo mandato in un modo che corrisponda alla convinzioni generali politiche od economiche di chi dà il vantaggio. Al contrario, se il pubblico ufficiale si mostra pronto, come controprestazione per il sostegno elettorale, a prendere o ad influenzare una decisione concreta in favore di chi dà il vantaggio, questi risponde *ex* § 331 StGB. Viene specificato inoltre che, affinché si possa affermare con certezza la punibilità del soggetto pubblico, è necessario il rispetto di tre condizioni: la sussistenza di un rapporto tra la donazione ed una concreta e futura – quand'anche non già specificatamente definita – azione di servizio; il fatto che la prestazione di servizio giovi esclusivamente a chi elargisce il vantaggio o solo a specifici interessi individuali; la presenza in capo al pubblico ufficiale quantomeno del coefficiente del dolo eventuale⁵⁹.

Il tribunale di merito a cui è stata quindi rinviata la questione ha assolto il sindaco, in applicazione dei principi enunciati dal *Bundesgerichtshof*, affermando che non si era potuto provare con certezza che questi avesse avuto consapevolezza che l'imprenditore stesse pianificando la costruzione di un centro commerciale a Wuppertal e che si ripromettesse quindi dai suoi pagamenti una concreta controprestazione, nella forma dell'appoggio all'autorizzazione del progetto⁶⁰.

In seguito al ricorso del procuratore generale avverso quest'ultima decisione, la Suprema Corte tedesca ha avuto modo di soffermarsi nuovamente sulla questione. La nuova pronuncia – che sembra sconfessare il precedente arresto – non ha tuttavia specificato con sufficiente chiarezza quale debba essere il criterio con cui distinguere le elargizioni lecite da quelle penalmente rilevanti. Si afferma qui che la prima decisione del *Bundesgerichtshof* non deve essere intesa nel senso che venga in rilievo il reato di accettazione di un vantaggi *ex* § 331 StGB solamente quando il pubblico funzionario si mostri pronto, come controprestazione per il sostegno elettorale, nel caso della sua rielezione, a prendere una decisione concreta, favorevole agli interessi di chi dà il vantaggio. E ciò perché, si legge, «l'apparenza di imparzialità della funzione amministrativa, che è il bene giuridico che il paragrafo § 331 StGB vuole tutelare, viene

⁵⁹ Per una critica a questi criteri si veda F. SALIGER, S. SINNER, *Korruption und Betrug durch Parteispenden*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 1076.

⁶⁰ Cfr. LG Dortmund *Urteil* vom 16 marzo 2006 – KLS 835 Js 153/02 – 14 V P 3/05, in *Dejure.org*.

ad essere lesa anche nel caso in cui il donatore e il pubblico ufficiale partano dal presupposto che – nell’esercizio della propria funzione – quest’ultimo si occuperà con le proprie decisioni di *questo o quel proposito di chi dà il vantaggio*, tanto che un osservatore esterno abbia l’impressione che il finanziatore, attraverso la somma elargita, voglia influenzare le decisioni che il pubblico agente deve prendere. In particolare, nel caso di donazioni di grossa portata, è evidente come chi dà il vantaggio non voglia sostenere solo la politica generale del candidato alle elezioni, ma desideri assicurarsi la sua benevolenza e quindi la promozione dei propri interessi individuali, sconfinando così nel campo del penalmente rilevante»⁶¹.

Nonostante il BGH sostenga la necessità di andare oltre la sua prima decisione in materia, rinnegando l’interpretazione restrittiva della fattispecie incriminatrice ivi proposta, il richiamo all’entità della somma elargita, quale indizio della volontà del finanziatore di mirare alla realizzazione dei propri interessi, sembra far riferimento ancora una volta al dualismo tra sostegno della politica generale e perseguimento dei propri progetti concreti⁶², non fornendo quindi alcun criterio innovativo con il quale fissare il confine tra l’ambito del lecito e quello del penalmente rilevante. Non c’è differenza infatti tra corrispondere un vantaggio ripromettendosi il compimento di un’azione concreta da parte del pubblico funzionario, oppure con lo scopo che quest’ultimo si occupi – in caso di rielezione – «di questo o quel proposito di chi dà il vantaggio».

La poca chiarezza dei criteri proposti dal BGH⁶³ è d’altra parte comprovata dal fatto che tutte le decisioni qui riportate – dopo le enunciazioni di principio e nel momento di pronunciarsi sulla punibilità degli imputati – si sono sempre ed esclusivamente concentrate sull’analisi dell’elemento soggettivo e non hanno affrontato, invece, il profilo del tipo di prestazione che il finanziatore si fosse atteso nel caso concreto dal pubblico agente.

In questa *impasse* si è suggerito – ritornando per certi versi alla decisione proposta in primo grado dal tribunale di Wuppertal – che la soluzione possa essere rinvenuta sul

⁶¹ BGH, *Urteil* vom 28 agosto 2007 – 3 StR 212/07 (LG Dortmund), in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, p. 3446 ss.

⁶² Cfr. K. BECKEMPER, D. STAGE, *Einwerben von Wahlkampfspenden durch Amtsträger – Fall Kremendahl*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2008, p. 37 ss.

⁶³ Per una sottolineatura degli elementi di incertezza che la decisione del BGH non contribuisce a chiarificare si veda M. KORTE, *Einwerben von Wahlkampfspenden durch Amtsträger – Fall Kremendahl*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2008, p. 341-342 ss.

piano dell'*antigiuridicità*. Secondo questa opinione, la presenza nell'ordinamento tedesco di disposizioni *extra-penali* che legittimano – nel rispetto di determinati vincoli – l'accettazione da parte dei partiti o dei singoli politici di elargizioni private non può non essere presa in considerazione nel momento in cui si affrontano i problemi di confinamento delle fattispecie corruttive. Così, si è affermato, la raccolta di donazioni elettorali è sicuramente lecita – e scrimina le condotte che astrattamente rientrerebbero nel campo di applicazione dei paragrafi § 331 e 333 StGB – se vengono rispettate le condizioni stabilite dal § 25 della *Parteiengesetz* il quale, al comma 2 n. 7, contempla in particolare *il divieto di ricevere elargizioni concesse allo scopo di ottenere un preciso vantaggio economico o politico*⁶⁴. Le ipotesi che possono quindi essere scriminate da

⁶⁴ Riportiamo il testo della § 25 della *Parteiengesetz*. § 25 (Spenden): «(1) Parteien sind berechtigt, Spenden anzunehmen. Bis zu einem Betrag von 1000 Euro kann eine Spende mittels Bargeld erfolgen. Parteimitglieder, die Empfänger von Spenden an die Partei sind, haben diese unverzüglich an ein für Finanzangelegenheiten von der Partei satzungsmäßig bestimmtes Vorstandsmitglied weiterzuleiten. Spenden sind von einer Partei erlangt, wenn sie in den Verfügungsbereich eines für die Finanzangelegenheiten zuständigen Vorstandsmitglieds oder eines hauptamtlichen Mitarbeiters der Partei gelangt sind; unverzüglich nach ihrem Eingang an den Spender zurückgeleitete Spenden gelten als nicht von der Partei erlangt.

(2) Von der Befugnis der Parteien, Spenden anzunehmen ausgeschlossen sind:

1. Spenden von öffentlich-rechtlichen Körperschaften, Parlamentsfraktionen und -gruppen sowie von Fraktionen und Gruppen von kommunalen Vertretungen;
2. Spenden von politischen Stiftungen, Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, die nach der Satzung, dem Stiftungsgeschäft oder der sonstigen Verfassung und nach der tatsächlichen Geschäftsführung ausschließlich und unmittelbar gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecken dienen (§§ 51 bis 68 der Abgabenordnung);
3. Spenden von außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes, es sei denn, dass a) diese Spenden aus dem Vermögen eines Deutschen im Sinne des Grundgesetzes, eines Bürgers der Europäischen Union oder eines Wirtschaftsunternehmens, dessen Anteile sich zu mehr als 50 vom Hundert im Eigentum von Deutschen im Sinne des Grundgesetzes oder eines Bürgers der Europäischen Union befinden oder dessen Hauptsitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union ist, unmittelbar einer Partei zufließen, b) es sich um Spenden an Parteien nationaler Minderheiten in ihrer angestammten Heimat handelt, die diesen aus Staaten zugewendet werden, die an die Bundesrepublik Deutschland angrenzen und in denen Angehörige ihrer Volkszugehörigkeit leben oder c) es sich um eine Spende eines Ausländers von nicht mehr als 1 000 Euro handelt;
4. Spenden von Berufsverbänden, die diesen mit der Maßgabe zugewandt wurden, sie an eine politische Partei weiterzuleiten;
5. Spenden von Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden, sofern die direkte Beteiligung der öffentlichen Hand 25 vom Hundert übersteigt;
6. Spenden, soweit sie im Einzelfall mehr als 500 Euro betragen und deren Spender nicht feststellbar sind, oder bei denen es sich erkennbar um die Weiterleitung einer Spende eines nicht genannten Dritten handelt;
7. Spenden, die der Partei erkennbar in Erwartung oder als Gegenleistung eines bestimmten wirtschaftlichen oder politischen Vorteils gewährt werden;
8. Spenden, die von einem Dritten gegen ein von der Partei zu zahlendes Entgelt eingeworben werden, das 25 vom Hundert des Wertes der eingeworbenen Spende übersteigt.

(3) Spenden, Mitgliedsbeiträge und Mandatsträgerbeiträge an eine Partei oder einen oder mehrere ihrer Gebietsverbände, deren Gesamtwert in einem Kalenderjahr (Rechnungsjahr) 10 000 Euro übersteigt, sind unter Angabe des Namens und der Anschrift des Zuwenders sowie der Gesamthöhe der Zuwendung im

quest'ultima disposizione sono quelle in cui i rappresentanti del partito non potevano aver contezza del fatto che le donazioni erano state corrisposte al fine di arrecare un'influenza sulle proprie decisioni, o quelle in cui effettivamente un vantaggio economico o politico non è oggetto di un accordo illecito tra le parti⁶⁵.

Il riferimento al rispetto della disposizione di cui al paragrafo § 25 PartG non elimina però i profili critici. Dimostrare che una donazione privata ad un partito non sia effettuata con lo scopo di ottenere un preciso vantaggio economico o politico riporta la questione sul piano della prova dell'elemento soggettivo dell'agente e chiama ancora una volta in causa la necessità che il finanziamento privato si riferisca ad una controprestazione determinata; in questo caso non un'azione dell'ufficio – come nella precedente versione dei paragrafi § 331 e 333 StGB – ma un vantaggio politico o economico definito (*als Gegenleistung eines bestimmten wirtschaftlichen oder politischen Vorteils*).

Alla luce di queste affermazioni si può quindi concludere provvisoriamente che, nel tentativo di delimitare – in via interpretativa – il campo d'applicazione delle figure corruttive dell'*accettazione/concessione di vantaggi*, non sembrano fin'ora esserci alternative efficaci a quella della necessità che la donazione si riferisca ad una *controprestazione determinata*: ossia un vantaggio politico o economico o una concreta azione di servizio. Questo criterio interpretativo se, da un lato, ci sembra essere in grado di tener maggiormente conto delle peculiarità della funzione di chi svolge un incarico per elezione – oltre che di risolvere i gravi problemi di indeterminatezza in precedenza sollevati – dall'altro, si espone alla critica di essere palesemente *contra legem*, risolvendosi di fatto nella riproposizione giurisprudenziale dell'enunciato abrogato dalla *Korruptionsbekämpfungsgesetz* del 1997. La soluzione proposta dal *Bundesgerichtshof* più che suggerimento ermeneutico, dovrebbe allora essere considerata una chiara

Rechenschaftsbericht zu verzeichnen. Spenden, die im Einzelfall die Höhe von 50 000 Euro übersteigen, sind dem Präsidenten des Deutschen Bundestages unverzüglich anzuzeigen. Dieser veröffentlicht die Zuwendung unter Angabe des Zuwenders zeitnah als Bundestagsdrucksache.

(4) Nach Absatz 2 unzulässige Spenden sind von der Partei unverzüglich, spätestens mit Einreichung des Rechenschaftsberichts für das betreffende Jahr (§ 19a Abs. 3) an den Präsidenten des Deutschen Bundestages weiterzuleiten».

⁶⁵ Cfr. M. ZÖLLER, *Korruptionsstrafbarkeit durch Wahlkampfspenden – Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 28.8.2007*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2008, p. 165-166.

indicazione rivolta al legislatore che – per quel che ci riguarda – avvalora l’ipotesi di lavoro che ci siamo dati in avvio⁶⁶: si ha infatti la riprova della necessità di pensare, in prospettiva *de jure condendo*, ad un trattamento specifico dei soggetti che ricoprono un incarico politico/elettivo dal punto di vista delle figure incriminatrici loro riservate, in modo da permettere una migliore sussunzione dei fatti a questi ascritti, che tenga effettivamente conto delle peculiarità della loro funzione.

4.1. *Un’ulteriore sentenza del Bundesgerichtshof sulla delimitazione dei confini dei §§ 331 e 333 StGB: la presenza di un accordo illecito è una questione da accertarsi in fatto*

Il *Bundesgerichtshof* ha avuto modo di tornare nuovamente sul problema della delimitazione dei confini della “*corruzione funzionale*” in un’importante sentenza che originava da un caso in cui alcuni pubblici ufficiali – che ricoprivano incarichi di alto rango nella p.a. – erano stati invitati ad un evento sportivo da un’azienda privata, la quale era al contempo sponsor della manifestazione, e tale partecipazione non apparteneva ai doveri inerenti alla loro funzione⁶⁷.

La pronuncia ha come protagonista la EnBW – compagnia privata tedesca per la distribuzione dell’energia – la quale aveva acquisito dalla FIFA (*Fédération Internationale de Football Association*) i diritti di sponsorizzazione del mondiale di calcio del 2006 che si teneva in Germania. La divisione marketing dell’azienda aveva pensato ad un piano di distribuzione dei numerosi biglietti che erano stati messi a sua disposizione dalla FIFA ed aveva deciso di omaggiare, come regalo natalizio, importanti personalità della cultura, dell’economia e della politica con un biglietto gratuito per le partite del mondiale che si sarebbero tenute a Stoccarda nell’estate successiva. Si voleva in questo modo far conoscere l’azienda e mettere in luce il ruolo della EnBW come sponsor principale della manifestazione calcistica. I biglietti erano stati inviati, tra gli altri, al presidente del *Land* del *Baden Württemberg*, a cinque ministri dello stesso *Land* e ai direttori generali di alcuni ministeri federali.

⁶⁶ Cfr. *supra* cap. I, par. 1.

⁶⁷ Cfr. BGH, *Urteil* vom 14 ottobre 2008 – 1 StR 260/08 (LG Karlsruhe), in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2008, p. 3580 ss.

Nella sentenza che ha deciso il caso in primo grado il tribunale – assolvendo l'amministratore delegato dell'azienda dal reato di *concessione di vantaggi* (§ 333 StGB) – ha dimostrato che la scelta delle personalità da omaggiare con il biglietto era stata determinata esclusivamente dalla sussistenza di un rapporto personale tra il ricevente e l'imputato. In sede di appello, il *Bundesgerichtshof* ha quindi confermato l'assoluzione dell'a.d. sulla base della constatazione della *manca di un accordo illecito*, ovvero di un collegamento tra il vantaggio offerto o promesso e l'esercizio della funzione. Secondo quanto affermato dal BGH, dopo l'entrata in vigore nel 1997 della legge per la lotta alla corruzione, devono essere ricompresi nelle fattispecie di *accettazione o concessione di vantaggi ex § 331 e 333 StGB* anche quei casi – non rientranti nel campo di applicazione della norma precedente – nei quali attraverso un vantaggio si acquista la generale benevolenza e l'inclinazione del pubblico ufficiale. Ciononostante, si legge in motivazione, il legislatore è rimasto fedele al requisito dell'accordo illecito e quindi tra il vantaggio e l'esercizio del servizio deve necessariamente sussistere un rapporto di reciprocità, nel senso che il vantaggio – secondo un accordo tacito o palese – deve trovare la propria ragione nell'esercizio del servizio. Ciò richiede che l'obiettivo dell'elargizione sia quello di influenzare l'esercizio futuro della funzione o di premiarne quello passato. La sentenza ha stabilito quindi che è *una questione da accertarsi in fatto* se chi dà il vantaggio persegue questo fine o un altro (non penalmente rilevante), tanto che vengono di seguito elencati gli indizi utili all'accertamento della presenza di questo scopo: la plausibilità che l'elargizione sia indirizzata ad un altro obiettivo, la posizione del funzionario e il rapporto che può sussistere tra il privato finanziatore e le competenze funzionali del pubblico ufficiale, l'atteggiamento tenuto da quest'ultimo nel momento dell'offerta, della promessa o della concessione del vantaggio, così come la tipologia, il valore e la cifra dell'elargizione, la segretezza o la pubblicità dell'agire⁶⁸.

Questa sentenza del *Bundesgerichtshof* è da considerare tuttavia un passo indietro rispetto alle decisioni menzionate in precedenza. La Corte suprema tedesca avrebbe infatti potuto indicare, anche in questo caso, dei nuovi parametri interpretativi astratti con cui delimitare il campo d'applicazione della *concessione di vantaggi* (§ 333 StGB), ma non lo ha fatto. Al contrario, il BGH si è limitato a menzionare esclusivamente i

⁶⁸ Per un primo commento alla decisione cfr. J. SCHLÖSSER, *Vorteilsgewährung bei "Sponsoring"*, in *Wistra*, 2009, Heft 4, p. 155-156.

criteri fattuali di cui dovrebbero servirsi i tribunali di merito per dimostrare la presenza di un *accordo illecito*; requisito la cui presenza è ritenuta, anche dopo la riforma, necessaria per la sussistenza delle fattispecie corruttive.

Un'impostazione di questo tipo suscita tuttavia grandi perplessità. L'eccessiva indeterminatezza e l'ampiezza del campo di applicazione delle norme incriminatrici vigenti, non arginate da un univoco criterio di interpretazione restrittiva, destano infatti – come abbiamo già sottolineato in avvio del capitolo con riferimento all'omologa figura italiana⁶⁹ – forti dubbi di rispetto del principio di legalità; oltre a lasciare al giudice la totale libertà di decidere quando un fatto concreto – sussumibile in astratto nei § 331 e 333 StGB – possa dirsi penalmente rilevante⁷⁰.

Da questo breve confronto con l'ordinamento tedesco si è tentato di mostrare come anche in Germania si sia posto con forza il tema della necessaria delimitazione del campo di applicazione dei reati di *corruzione funzionale* (§§ 331 e 333 StGB). Queste figure – dopo la riforma del 1997 – abbandonato il riferimento all'atto d'ufficio, hanno ampliato enormemente il loro ambito applicativo, ricomprendendovi anche la condotta di chi offre (il privato) o accetta (il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio) per l'*esercizio del servizio* un vantaggio per sé o per un terzo. Tale struttura del reato – in ragione della sua scarsa capacità di tipizzazione – ha sollevato e solleva problemi di esatta definizione del campo della rilevanza penale; e ciò soprattutto in quegli ambiti in cui è ammessa, legittimamente, l'elargizione di risorse private per il finanziamento di attività pubbliche.

A questo problema dottrina e giurisprudenza tedesche hanno tentato di far fronte, in sede interpretativa, tramite una restrizione del campo d'applicazione delle disposizioni incriminatrici⁷¹. Particolarmente significativa per gli scopi del nostro lavoro è la sentenza del *Bundesgerichtshof* che ha deciso il *caso Kremendahl*. Qui, per legittimare l'interpretazione restrittiva delle fattispecie nell'ambito del finanziamento elettorale, il BHG ha guardato per prima cosa al reato di *corruzione in cariche elettive ex § 108e StGB* dalla cui formulazione – in cui permane l'espreso riferimento all'atto dell'ufficio

⁶⁹ Cfr. *supra* par. 1.

⁷⁰ Cfr. M. DEITERS, *Voraussetzungen einer Vorteilsgewährung im Fall der Einladung hochrangiger Amtsträger*, in *Zeitschrift für das Juristische Studium*, Heft 5, 2009, p. 578 ss.

⁷¹ Cfr. *supra* par. 3.

– si è desunta chiaramente la volontà del legislatore di ammettere il *sostegno generale della politica dei parlamentari e dei partiti* tramite sovvenzioni in denaro. Una seconda argomentazione, questa volta di ordine costituzionale, risiede invece nella *parità del diritto all'elettorato passivo*. Impedire al soggetto pubblico che si candida alla rielezione la possibilità di lasciarsi sostenere finanziariamente dai mezzi di altri per l'esercizio della futura funzione, ridurrebbe la sua prerogativa alla parità elettorale in un modo non più giustificabile costituzionalmente. Tanto che, secondo il BGH un pubblico agente non è punibile per il reato di cui all'art. 331 StGB quando il sostegno finanziario a lui concesso serve o deve servire solamente a che questi, dopo l'esito positivo delle elezioni, eserciti il suo mandato in un modo che corrisponda alla convinzioni generali politiche od economiche di chi dà il vantaggio. Mentre, se il pubblico ufficiale si mostra pronto, come controprestazione per il sostegno elettorale, a prendere o ad influenzare una decisione concreta in favore di chi dà il vantaggio, si dovrebbe concludere per la sussistenza del § 331 StGB.

In questa pronuncia – che a noi pare particolarmente significativa – il *Bundesgerichtshof* sembra allora suggerire al legislatore che, con riferimento ai soggetti pubblici che concorrono ad incarichi elettivi e che quindi necessitano di procurarsi risorse economiche, più adatta sarebbe una *fattispecie di corruzione impropria ancorata all'atto d'ufficio*, come nella precedente formulazione legislativa. In questo modo ci si uniformerebbe, tra l'altro, alla scelta che lo stesso legislatore tedesco ha compiuto con l'enunciato del reato di *corruzione in cariche elettive ex § 108e StGB* – in Germania oggi applicabile, come abbiamo visto, ai soli membri direttamente eletti in assemblee rappresentative, ma non ai sindaci o ai presidenti di un *Land* –, in cui permane l'espreso riferimento all'atto dell'ufficio, e dalla quale si desume chiaramente la volontà legislativa di non criminalizzare il *sostegno generale della politica di chi riveste un incarico per elezione*, anche tramite sovvenzioni in denaro.

5. Le ragioni della problematica riferibilità nei confronti dei “politici” dell'art. 318 cod. pen.

Dopo questo breve *excursus* sulla prassi tedesca dei delitti di corruzione, quel che si vuole ora mostrare è come la questione della difficile delimitazione del campo di

applicazione della *corruzione funzionale* “in ambito politico”, può porsi, in modo analogo, nell’ordinamento italiano. Nonostante le tracce di questa problematica non si rinvenivano ancora nella giurisprudenza di legittimità – anche in ragione del non molto tempo trascorso dall’entrata in vigore del riformato art. 318 cod. pen. – si è già accennato a queste tematiche nella letteratura.

Abbiamo citato in precedenza il caso – ipotizzato problematicamente da un autorevole Autore⁷² – di un pubblico funzionario che si candida a diventare sindaco e che riceve da un amico una cospicua somma di denaro a titolo di contributo spese. Nel vigore del “nuovo” art. 318 cod. pen. una simile dazione di denaro potrebbe prestarsi ad una duplice interpretazione: quella lecita, secondo cui l’elargizione manifesterebbe l’intenzione di aiutare l’amico di cui si condividono i valori e i programmi politici; quella illecita, di natura vera e propria corruttiva, alla luce della quale la dazione sarebbe volta alla creazione di un canale preferenziale con la p.a., al fine di assicurarsi preventivamente la disponibilità del futuro sindaco a compiere futuri imprecisati favori. Un’ipotesi, quest’ultima, di *asservimento della funzione pubblica*, ad oggi ritenuta pacificamente sussumibile nel reato di corruzione per l’esercizio della funzione *ex art.* 318 cod. pen. La cronaca politica degli ultimi anni si è d’altra parte mostrata ricca di casi analoghi a questo, che si espongono alla medesima duplice interpretazione: dubbi simili possono emergere infatti, ad esempio, nell’ipotesi in cui esponenti importanti dell’economia paghino cospicue somme di denaro per partecipare a cene di raccolta fondi organizzate, da singoli politici o partiti, per sostenere le proprie campagne elettorali⁷³.

Il problema della corretta delimitazione del campo di applicazione del delitto *de quo* è emerso poi nel confronto con l’illecito disciplinare previsto dal nuovo Codice di comportamento dei dipendenti pubblici⁷⁴, che vieta qualsiasi accettazione di doni *connessa all’esercizio della funzione* del pubblico agente, per un valore superiore, in via orientativa, a 150 euro⁷⁵. Per distinguere quest’ultimo illecito dal delitto di cui all’art.

⁷² Cfr. C. BENUSSI, sub *art. 318*, cit., p. 217.

⁷³ Si veda ad es. *Pd, in ottocento alla cena di finanziamento con Renzi*, in www.repubblica.it, 6 novembre 2014; *Roma, cena del Pd a 1000 euro. Orfini: “Senza finanziamento pubblico eventi inevitabili”*, in www.ilfattoquotidiano.it, 8 novembre 2014.

⁷⁴ Cfr. art. 4, d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 in *Dir. pen. cont.*, con nota di C. BENUSSI, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici ha ora natura regolamentare*, 18 giugno 2013.

⁷⁵ Cfr. F. CINGARI, *Gli incerti confini del delitto di corruzione per l’esercizio della funzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, fasc. 8, p. 964 ss.

318 cod. pen. si è affermato che è il rapporto di corrispettività tra la prestazione del corruttore e l'esercizio della funzione da parte del corrotto che conferisce al contratto illecito quel maggior disvalore che legittima il ricorso alla sanzione penale⁷⁶. Si è quindi giustamente notato che il legame finalistico – che deve sempre sussistere – fra la dazione o promessa ed un successivo esercizio delle funzioni o dei poteri deve riflettersi nel dolo di entrambi i soggetti, così da escludere rilevanza penale alle utilità corrisposte come atti di ossequio o mera *captatio benevolentiae*⁷⁷.

La conclusione che si è tratta è che il confine tra illecito penale e disciplinare passa ora esclusivamente lungo il crinale psicologico rappresentato dalla valenza attribuita dalle parti alla dazione o promessa⁷⁸. La “nuova” *corruzione per l'esercizio della funzione* – lo abbiamo già affermato – pecca allora di imprecisione e non pare rispettosa dei principi fondanti del nostro sistema, ancorato ad un diritto penale “del fatto”, incentrato cioè sulla punizione dei soli comportamenti obiettivamente verificabili all'esterno⁷⁹.

Questi rilievi critici – che condividiamo – inducono a riflettere, sin da subito, su quanto possa risultare problematico l'accertamento probatorio di una fattispecie così costruita e, allo stesso tempo, di quanto possa divenire ampio il potere discrezionale del

⁷⁶ Cfr. Ivi, p. 966. Nello stesso senso anche V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale “multilivello” dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Napoli, 2012, p. 154, il quale afferma che «un diritto penale ad orientamento oggettivistico, anche in ossequio ai canoni della frammentarietà e della meritevolezza di pena, dovrebbe tutelare non una semplice immagine o apparenza di integrità, quanto l'effettivo corretto svolgimento di pubbliche funzioni. Al di là di questa esigenza può bastare il ricorso alla responsabilità disciplinare e ad efficaci strumenti di controllo e prevenzione di natura extra-penale. Così, l'assenza di un chiaro legame finalistico del pagamento con il compimento di un atto o anche soltanto con l'esercizio futuro della funzione pubblicistica dovrebbe condurre ad un'esclusione della punibilità».

⁷⁷ Cfr. S. SEMINARA, *I delitti di concussione, corruzione per l'esercizio della funzione e induzione indebita*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, fasc. 8, p. 22.

⁷⁸ Cfr. *Ibidem*. Per un'opinione diversa sul punto cfr. D. BRUNELLI, *Le disposizioni penali della legge contro la corruzione: un primo commento*, in *www.federalismi.it*, 5 dicembre 2012, p. 5-6, il quale sostiene che con la riformulazione dell'art. 318 cod. pen. il messaggio del legislatore è chiaro: «bando a qualunque “cavillo” volto a imporre al giudice la ricerca di una “causale della dazione, il legislatore vuole punire oramai ogni indebita dazione (del privato) e ogni indebita ricezione (del p.a.) di utilità, sulla base di una insuperabile presunzione di pericolo legata a tale fatto. Il messaggio è insieme politico e di orientamento culturale. In questo senso, la scelta legislativa è veramente innovativa, frutto della convinzione, maturata anche dagli stimoli europei, che per fare terra bruciata attorno al fenomeno corruttivo occorra punire anche comportamenti ambigui, ma potenzialmente incentivanti, non necessariamente lesivi dei beni giuridici di riferimento, individuati dall'ortodossia dottrinarica; anche a costo di punire un comportamento semplicemente frutto di malcostume e di scarsa sensibilità per l'autorevolezza della pubblica amministrazione, sovente porta d'ingresso verso atteggiamenti più apertamente e direttamente incisivi su buon andamento ed imparzialità».

⁷⁹ Cfr. C. BENUSSI, sub *art. 318*, cit., p. 221.

giudice nella sua applicazione, che pare quindi in grado di attrarre nell'area della rilevanza penale anche condotte del tutto lecite o quanto meno dal dubbio significato⁸⁰.

La preoccupazione circa l'esatto posizionamento del confine tra i comportamenti leciti e le condotte penalmente rilevanti risulta particolarmente stringente quando si ha riguardo a quegli agenti pubblici che – poiché concorrono ad un incarico elettivo – necessitano “fisiologicamente” di procurarsi risorse economiche; nella maggior parte dei casi provenienti da “finanziatori” che nutrono un qualche interesse nella futura azione politica del soggetto beneficiato. In questo ambito il sospetto che un'elargizione sottenda un accordo corruttivo emerge tutte le volte in cui un privato (persona fisica o giuridica) indirizzi una somma di denaro ad un partito politico o ad un singolo candidato ad una carica elettiva. In una situazione di questo tipo allora – non venendo in aiuto la nuova formulazione dell'art. 318 cod. pen. a causa della sua scarsa capacità di tipizzazione – il riscontro della presenza di un'ipotesi corruttiva passerà attraverso l'indagine sul coefficiente psicologico, rappresentato dalla valenza attribuita dalle parti alla dazione o promessa, con tutte le conseguenze negative che possono derivarne in termini di certezza giuridica.

Una situazione che appare oltremodo critica, anche alla luce del sistema di finanziamento delle attività politiche previsto ad oggi in Italia, in cui – a seguito dell'abolizione del finanziamento pubblico diretto – la contribuzione privata ha assunto un ruolo centrale.

5.1. Il reato di illecito finanziamento ai partiti politici, i confini del finanziamento privato lecito e il sistema di incentivi alla contribuzione privata introdotto dal d.l. n. 149 del 2013

Dicevamo dunque che i soggetti pubblici che svolgono un *mandato elettivo* si differenziano dal restante novero dei pubblici ufficiali in ragione di un'altra fondamentale caratteristica: per poter accedere a tale incarico *hanno dovuto necessariamente procurarsi risorse economiche ingenti*, senza le quali il buon esito della propria campagna elettorale sarebbe stato impensabile. Risvolto immediato di tale fisiologica esigenza, connaturata strettamente al ruolo che questi ricoprono, è la

⁸⁰ Cfr. *Ibidem*.

previsione nel nostro, come in tutti gli ordinamenti degli Stati democratici, di una dettagliata legislazione sul finanziamento dell'attività politica che – accanto alle norme sul finanziamento pubblico – prevede sempre la possibilità per i privati (persone fisiche o giuridiche) di indirizzare denaro a beneficio dei propri rappresentanti.

In Italia in particolare, tale diritto riconosciuto ai cittadini di partecipare materialmente alla vita politica del Paese ha assunto un'importanza centrale per il sostentamento dei partiti e dei candidati: il decreto legge 28 dicembre 2013, n. 149 – nel dettare importanti disposizioni sulla trasparenza e la democraticità dei partiti e sulla disciplina della contribuzione volontaria e della contribuzione indiretta in loro favore – ha infatti provveduto ad abrogare le due forme di *finanziamento pubblico diretto* fino a quel momento in vigore⁸¹. In esito a questa scelta di fondo del legislatore, si può ora fare affidamento esclusivamente sulle forme di apporto finanziario privato⁸², oltre che – limitatamente ai partiti – sui contributi d'iscrizione dei propri “tesserati” e sulle somme provenienti dall'autotassazione dei propri membri.

La possibilità per i privati di finanziare la politica è, tuttavia, sottoposta ad una serie di divieti e limiti la cui violazione integra, in alcuni casi, un illecito penale. L'art. 7 della l. 2 marzo 1974, n. 195, contempla due diverse modalità di illecito finanziamento. Al primo comma il c.d. *illecito finanziamento pubblico* che vieta la corresponsione di contributi erogati sotto qualsiasi forma e in qualsiasi modo da parte di organi della pubblica amministrazione, di enti pubblici, di società con partecipazione di capitale pubblico superiore al venti per cento o di società controllate da queste ultime, a favore dei partiti o loro articolazioni politico-organizzative e di gruppi parlamentari⁸³. Il secondo comma – che prevede, invece, una forma di *illecito finanziamento privato* – recita: «sono vietati altresì i finanziamenti o i contributi sotto qualsiasi forma diretta o

⁸¹ Art. 14, d.l. 28 dicembre 2013, n. 149, convertito con modificazioni in legge 21 febbraio 2014, n. 13. L'articolo dispone una riduzione graduale dei finanziamenti pubblici diretti fino al 2016 e l'abrogazione totale a partire dal 2017.

⁸² Fanno eccezione a questa affermazione i finanziamenti erogati direttamente dalla Camera dei deputati e dal Senato ai diversi gruppi parlamentari, proporzionalmente alla loro consistenza numerica e in relazione alla loro attività istituzionale e politica. Si vedano a questo riguardo l'art. 15 del Regolamento della Camera dei deputati e l'art. 16 del Regolamento del Senato, entrambi recentemente modificati. Per un commento alle recenti modifiche e una riflessione sulla destinazione di tali fondi cfr. F. BIONDI, *Disciplina dei gruppi parlamentari e controlli sui bilanci: osservazioni alle recenti modifiche ai regolamenti di Camera e Senato*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2012, fasc. 3.

⁸³ Sempre il primo comma estende il divieto riportato nel testo «anche alle società con partecipazione di capitale pubblico pari o inferiore al 20 per cento, nonché alle società controllate da queste ultime, ove tale partecipazione assicuri comunque al soggetto pubblico il controllo della società».

indiretta, da parte di società non comprese tra quelle previste nel comma precedente in favore di partiti o loro articolazioni politico-organizzative o gruppi parlamentari, salvo che tali finanziamenti o contributi siano stati deliberati dall'organo sociale competente e regolarmente iscritti in bilancio e sempre che non siano comunque vietati dalla legge». Il terzo comma accomuna quindi queste prescrizioni dal punto di vista sanzionatorio comminando, in caso di inosservanza di tali obblighi, la reclusione da 6 mesi a 4 anni e la multa fino al triplo delle somme versate in violazione della presente legge⁸⁴.

La descrizione delle fattispecie incriminatrici qui riportate va tuttavia compendiata con la menzione di tutta quella serie di prescrizioni – introdotte dal d.l. n. 149 del 2013 – che contribuiscono a definire i confini del finanziamento privato consentito, ma la cui violazione integra esclusivamente un *illecito amministrativo*.

A questo proposito vanno menzionati, per esempio, i *limiti massimi alla contribuzione volontaria* previsti dall'art. 10, comma 7 del citato decreto legge, il quale sancisce che «ciascuna *persona fisica* non può effettuare erogazioni liberali in denaro o comunque corrispondere contributi in beni o servizi, sotto qualsiasi forma e in qualsiasi modo erogati, anche per interposta persona o per il tramite di società controllate, in favore di *un singolo partito politico* per un valore complessivamente superiore a 100.000 euro annui». Analogo ammontare è previsto dal comma 8 per i *soggetti diversi dalle persone fisiche*, anche se si aggiunge che tale prescrizione non opera in relazione ai trasferimenti di denaro o di natura patrimoniale effettuati tra gli stessi partiti o movimenti politici⁸⁵. Il dodicesimo

⁸⁴ Le disposizioni qui riportate vanno lette in combinato disposto con l'art. 4 della l. 18 novembre 1981, n. 659 (così come sostituito dall'articolo 3 della legge 27 gennaio 1982, n. 22), che ha esteso i reati sopramenzionati anche ai casi di finanziamenti e contributi in qualsiasi forma o modo erogati, anche indirettamente, «ai membri del Parlamento nazionale, ai membri italiani del Parlamento europeo, ai consiglieri regionali, provinciali e comunali, ai candidati alle predette cariche, ai raggruppamenti interni dei partiti politici nonché a coloro che rivestono cariche di presidenza, di segreteria e di direzione politica e amministrativa a livello nazionale, regionale, provinciale e comunale nei partiti politici». Sempre l'art. 4 della medesima legge prevede al terzo comma che, nel caso di erogazione di finanziamenti o contributi ai soggetti indicati nell'art. 7 della l. 2 maggio 1974, n. 195, e nel primo comma del presente articolo, per un importo che nell'anno superi euro cinquemila sotto qualsiasi forma, il soggetto che li eroga ed il soggetto che li riceve siano tenuti a farne dichiarazione congiunta, sottoscrivendo un unico documento, depositato presso la Presidenza della Camera dei deputati ovvero a questa indirizzato con raccomandata con avviso di ricevimento. Il mancato adempimento di tale obbligo o la dichiarazione di valori inferiori al vero sono punite con la multa da due a sei volte l'ammontare non dichiarato e con la pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici prevista dal terzo comma dell'articolo 28 del codice penale.

⁸⁵ Il medesimo comma afferma inoltre che: «Con decreto del presidente del Consiglio dei ministri, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, sono definiti criteri e modalità ai fini

comma del medesimo articolo dispone quindi che – fermo restando quanto previsto dall’art. 7 della legge 2 maggio 1974, n. 195 e successive modificazioni – a chiunque corrisponda o riceva erogazioni o contributi in violazione di tali divieti si applica la sanzione amministrativa pari al doppio delle erogazioni corrisposte o ricevute in eccedenza rispetto al valore del limite⁸⁶. Da notare che tali limiti si riferiscono qui alle sole elargizioni nei confronti dei partiti tanto che, ne consegue, non sussistono limitazioni – se non il già ricordato obbligo di comunicazione alla Presidenza della Camere dei deputati – in ordine alle donazioni rivolte direttamente ai membri del Parlamento nazionale, ai membri italiani del Parlamento europeo, ai consiglieri regionali, provinciali e comunali, ai candidati alle predette cariche, ai raggruppamenti interni dei partiti politici nonché a coloro che rivestono cariche di presidenza, di segreteria e di direzione politica e amministrativa a livello nazionale, regionale, provinciale e comunale nei partiti politici.

Alla luce di questo primo parziale sguardo sulla legislazione in materia di finanziamento della politica, si può dunque affermare che il legislatore ha abbracciato una *concezione ampiamente favorevole alla contribuzione privata*, che è ritenuta lecita tanto che provenga da singoli, da più persone riunite in associazioni, da gruppi di persone o da società commerciali purché, in quest’ultimo caso, siano rispettati alcuni obblighi di pubblicità. La partecipazione dei privati alla politica tramite la messa a disposizione di denaro è quindi considerata una modalità non solo legittima ma anche incentivata di concorrere a determinare la politica nazionale, non contrastante con il principio del pluralismo dei partiti⁸⁷.

Tale conclusione viene avvalorata dall’analisi del recente decreto legge n. 149 del 2013 che – nell’abrogare le due forme di finanziamento pubblico diretto fin a quel momento in vigore – ha nel contempo tracciato le direttrici di un *sistema di incentivi pubblici alla contribuzione privata*⁸⁸. I partiti che rispettano una serie di condizioni e

dell’applicazione del divieto di cui al presente comma ai gruppi di società e alle società controllate e collegate di cui all’articolo 2359 del codice civile».

⁸⁶ In aggiunta, lo stesso comma prevede che il partito che non ottemperi al pagamento della predetta sanzione non può accedere ai benefici di cui all’articolo 12 del presente decreto (Destinazione volontaria del due per mille dell’imposta sul reddito delle persone fisiche) per un periodo di tre anni dalla data di irrogazione della sanzione.

⁸⁷ Cfr. G. SPAGNOLO, *I reati di illegale finanziamento dei partiti politici*, Padova, 1990, p. 36.

⁸⁸ Per un primo commento sulle novità introdotte dal citato decreto legge, cfr. F. BIONDI, *L’abolizione del finanziamento pubblico diretto ai partiti politici e le regole introdotte dalla legge n. 13 del 2014*, in *Studium iuris*, 2014, fasc. 11, p. 1284. M. ALLEGRI, *Prime note sulle nuove norme in materia di democraticità, trasparenza e finanziamento dei partiti politici*, in *www.osservatorioaic.it*, 2014, fasc. 1;

che si sottopongono all'adempimento di alcuni obblighi di trasparenza e democraticità interna possono essere ammessi al finanziamento privato in *regime fiscale agevolato* e alla *ripartizione annuale delle risorse del due per mille dell'imposta sul reddito delle persone fisiche*.

Per quanto attiene al primo dei due incentivi – il regime fiscale agevolato – l'art. 11, comma 1 del cennato d.l. prevede che le erogazioni liberali in denaro effettuate dalle persone fisiche in favore dei partiti politici siano ammesse a detrazione per oneri, in modo che dall'imposta lorda sul reddito si detragga un importo su tali erogazioni liberali pari al ventisei per cento per importi compresi tra trenta euro e trenta mila euro annui⁸⁹. Con riguardo alla ripartizione annuale delle risorse derivanti dal due per mille dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, l'art. 12 sancisce che, a decorrere dall'anno finanziario 2014 e con riferimento al precedente periodo d'imposta, ciascun contribuente può destinare il due per mille della propria imposta sul reddito delle persone fisiche a favore di un partito politico.

Possono, tuttavia, accedere a tali forme di agevolazione solo i partiti iscritti nel *Registro nazionale dei partiti politici riconosciuti ai sensi del decreto n. 149 del 2013*, tenuto da una specifica Commissione *ivi* istituita⁹⁰. Condizione essenziale perché avvenga questa iscrizione è che il partito si doti di uno *statuto* che faccia menzione di quanto indicato all'art. 3 del decreto⁹¹ e che si conformi ad alcune

R. DICKMANN, *La contribuzione su base volontaria ai partiti politici prevista da decreto legge n. 149 del 2013. Molte novità ed alcuni dubbi di costituzionalità*, in *www.federalismi.it*, 5 marzo 2014. Per quanto riguarda invece la precedente l. 6 luglio 2012, n. 96, parzialmente modificata dal decreto legge n. 149 del 2013 si veda D. PORENA, *Nuove norme in materia di riduzione dei contributi pubblici in favore dei partiti e dei movimenti politici: come cambia in Italia il sistema di finanziamento pubblico alla politica alla luce delle disposizioni introdotte dalla legge 6 luglio 2012, n. 96*, in *www.federalismi.it*, 23 gennaio 2013; L. FOTI, *Modifiche alla legge sui rimborsi elettorali e dibattito sul finanziamento pubblico ai partiti*, in *www.rivistaaic.it*, 2012, fasc. 3, p. 12 ss.

⁸⁹ Allo stesso modo, il comma 6 del medesimo articolo dispone che ai fini dell'imposta sul reddito delle società, si detrae, fino a concorrenza dell'ammontare dell'imposta lorda, un importo pari al ventisei per cento dell'onere per le erogazioni liberali in denaro effettuate in favore dei partiti politici per importi compresi tra trenta euro e trenta mila euro annui.

⁹⁰ La "Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici".

⁹¹ Riportiamo il testo dell'art. 3, comma 2: «Lo statuto, nel rispetto della Costituzione e dell'ordinamento dell'Unione europea, indica: 0a) l'indirizzo della sede legale nel territorio dello Stato; a) il numero, la composizione e le attribuzioni degli organi deliberativi, esecutivi e di controllo, le modalità della loro elezione e la durata dei relativi incarichi, nonché l'organo o comunque il soggetto investito della rappresentanza legale; b) la cadenza delle assemblee congressuali nazionali o generali; c) le procedure richieste per l'approvazione degli atti che impegnano il partito; d) i diritti e i doveri degli iscritti e i relativi organi di garanzia; le modalità di partecipazione degli iscritti all'attività del partito; e) i criteri con i quali è promossa la presenza delle minoranze, ove presenti, negli organi collegiali non esecutivi; f) le

prescrizioni di trasparenza e democraticità, assicurando l'accesso alle informazioni relative al proprio assetto statutario, agli organi associativi, al funzionamento interno e ai bilanci, compresi i rendiconti⁹².

Perché ci si possa avvalere dei benefici previsti dal d.l. è necessario inoltre che il partito soddisfi alcuni requisiti relativi al proprio peso rappresentativo. In particolare, con riferimento alla *contribuzione agevolata*, che si sia conseguito nell'ultima consultazione elettorale almeno un candidato eletto sotto il proprio simbolo alle elezioni per il rinnovo del Senato della Repubblica, della Camera dei deputati, dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia o in uno dei consigli regionali o delle province autonome di Trento e di Bolzano, ovvero si sia presentato nella medesima consultazione elettorale candidati in almeno tre circoscrizioni per le elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati o in almeno tre regioni per il rinnovo del Senato della Repubblica, o in un consiglio regionale o

modalità per promuovere, attraverso azioni positive, l'obiettivo della parità tra i sessi negli organismi collegiali e per le cariche elettive, in attuazione dell'articolo 51 della Costituzione; g) le procedure relative ai casi di scioglimento, chiusura, sospensione e commissariamento delle eventuali articolazioni territoriali del partito; h) i criteri con i quali sono assicurate le risorse alle eventuali articolazioni territoriali; i) le misure disciplinari che possono essere adottate nei confronti degli iscritti, gli organi competenti ad assumerle e le procedure di ricorso previste, assicurando il diritto alla difesa e il rispetto del principio del contraddittorio; l) le modalità di selezione delle candidature per le elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, del Parlamento nazionale, dei consigli delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano e dei consigli comunali, nonché per le cariche di sindaco e di presidente di Regione e di Provincia autonoma; m) le procedure per modificare lo statuto, il simbolo e la denominazione del partito; n) l'organo responsabile della gestione economico-finanziaria e patrimoniale e della fissazione dei relativi criteri; o) l'organo competente ad approvare il rendiconto di esercizio; o *bis*) le regole che assicurano la trasparenza, con particolare riferimento alla gestione economico-finanziaria, nonché il rispetto della vita privata e la protezione dei dati personali».

⁹² Per quanto riguarda in particolare gli *obblighi di trasparenza*, è importante menzionare quanto previsto dall'art. 5, comma 3. Questa disposizione afferma che ai finanziamenti o ai contributi erogati in favore dei partiti politici iscritti nel registro di cui all'articolo 4, che non superino nell'anno l'importo di euro cento mila, effettuati con mezzi di pagamento diversi dal contante che consentano di garantire la tracciabilità dell'operazione e l'esatta identità dell'autore, non si applicano le disposizioni di cui al terzo comma dell'articolo 4 della legge 18 novembre 1981, n. 659 (e successive modificazioni), le quali – in caso di contributi che in un anno superino il valore di cinque mila euro – obbligano il soggetto che li eroga ed il soggetto che li riceve a farne dichiarazione congiunta, sottoscrivendo un unico documento, depositato presso la Presidenza della Camera dei deputati. Nei casi a cui si riferisce l'art. 5, comma 3 del decreto n. 149 del 2013, i rappresentanti legali dei partiti beneficiari delle erogazioni sono tenuti a trasmettere alla Presidenza della Camera dei deputati l'elenco dei soggetti che hanno erogato finanziamenti o contributi di importo superiore, nell'anno, a euro cinque mila, e la relativa documentazione contabile. L'elenco dei soggetti che hanno erogato tali finanziamenti o contributi e i relativi importi sono pubblicati in maniera facilmente accessibile nel sito internet ufficiale del Parlamento italiano e nel sito internet del partito politico. Tuttavia – ed è questo un forte limite nel perseguimento di un regime di massima trasparenza – tali obblighi di pubblicazione nei siti internet concernono soltanto i dati dei soggetti i quali abbiano prestato il proprio consenso, ai sensi del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196. In caso di inadempienza agli obblighi di trasparenza citati nel testo ovvero in caso di dichiarazioni mendaci, si applica la disciplina sanzionatoria di cui al sesto comma dell'articolo 4 della citata legge n. 659 del 1981, ovvero la multa da due a sei volte l'ammontare non dichiarato e la pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici prevista dal terzo comma dell'articolo 28 del codice penale.

delle province autonome, o in almeno una circoscrizione per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia. Possono invece essere ammessi alla *ripartizione annuale delle risorse del due per mille*, quei partiti che abbiano conseguito nell'ultima consultazione elettorale almeno un candidato eletto sotto il proprio simbolo alle elezioni per il rinnovo del Senato della Repubblica, della Camera dei deputati o dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia.

Si può dunque ribadire quanto affermavamo già in avvio: quello delineato dalle recenti leggi di riforma è un sistema di finanziamento della politica fortemente incentrato sulla contribuzione privata, a cui *lo Stato partecipa esclusivamente in via indiretta*, rinunciando – attraverso sgravi fiscali a favore delle persone fisiche e giuridiche che indirizzano soldi ai partiti – ad una parte del gettito fiscale che gli spetterebbe.

5.2. (Segue) *La conseguente problematicità della corruzione funzionale in “ambito politico”*

Da questa breve disamina delle disposizioni che nel nostro ordinamento attengono al finanziamento lecito e illecito della politica si trae una conferma di quanto accennavamo già all’inizio di questo capitolo: ovvero che – nell’interrogarsi sul problema della delimitazione del campo di applicazione del reato di *corruzione per l’esercizio della funzione* ex art. 318 cod. pen. – non si deve dimenticare che le scelte legislative in questa materia, non solo si sono orientate nel senso di permettere ai privati (persone fisiche o giuridiche) di partecipare materialmente alla politica attraverso il finanziamento dei partiti, dei singoli o delle campagne elettorali, ma hanno anche incentivato queste forme di contribuzione che godono, come abbiamo visto, di un regime fiscale fortemente agevolato.

È interessante notare inoltre che né la l. n. 195 del 1974, né il “nuovo” d.l. n. 149 del 2013 hanno sancito l’illegittimità delle c.d. *donazioni di scopo*, ovvero di quelle elargizioni concesse con l’intento di procurarsi un *vantaggio economico o politico e di quelle provenienti da enti corporativi e associazioni di categoria*⁹³. Un divieto questo

⁹³ Cfr. H. CAROLI CASAVOLA, *La disciplina della politica. Il finanziamento della politica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, fasc. 2, p. 312.

che – lo abbiamo visto – è presente invece nella legge tedesca che regola il finanziamento privato ai partiti (*Parteiengesetz*)⁹⁴. Da ciò si è inferito che il legislatore italiano non ha inteso evitare che l'attività di una formazione politica venisse orientata verso la cura di certi interessi in quanto sollecitata da questa o da quella categoria di finanziatori, ma ha voluto esclusivamente che tali rapporti venissero alla luce tramite un sistema che potremmo definire di *pubblicità-notizia*, in modo che il cittadino sia messo in grado di possedere tutti gli elementi utili per formarsi un proprio convincimento e determinare nella massima consapevolezza le sue scelte politiche. Questa disciplina, si è detto, non è dunque finalizzata ad evitare i condizionamenti della politica, bensì ad assicurare la trasparenza dei rapporti tra quest'ultima e l'economia⁹⁵.

Nel vigore della precedente formulazione dell'art. 318 cod. pen. (corruzione per un atto d'ufficio) e nell'intento di definire le linee di confine tra quest'ultima disposizione incriminatrice, il finanziamento illecito e le elargizioni ammesse, si è sostenuto che, se oggetto della richiesta di chi offre il contributo non è un atto amministrativo specifico e concreto o la sua omissione, ma una scelta di indirizzo politico – e cioè l'ampliamento del programma del partito o una sua specificazione, da cui poi eventualmente il finanziatore pensi di poter trarre giovamento – non si potrà parlare di corruzione. E ciò anche perché è inutile ispirarsi ad un rigorismo che è fuori dall'esperienza: le idee ed i programmi dei partiti non sono solo l'esito del mero contributo degli iscritti o di disinteressati finanziatori. Queste – si è detto – sono in realtà il risultato anche dell'impegno economico profuso a sostegno delle proprie proposte. L'essenziale è che l'operazione di finanziamento sia trasparente, che tutti possano sapere chi c'è dietro quel candidato, quel partito e quel programma, per poter operare delle scelte consapevoli⁹⁶.

Se si concorda con queste affermazioni – e tenendo altresì conto della generale ristrutturazione delle norme sul finanziamento della politica, fondate ora quasi esclusivamente su un sistema di contribuzione privata agevolata – a noi sembra ragionevole concludere che la nuova *corruzione per l'esercizio della funzione* è inadatta ad individuare e reprimere efficacemente le condotte corruttive “in ambito politico”. Se il sistema di rappresentanza si fonda sulla possibilità dei privati di contribuire – anche

⁹⁴ Cfr. *supra* par. 4.

⁹⁵ Cfr. A. MANNA, *Corruzione e finanziamento illegale ai partiti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 146.

⁹⁶ Cfr. G. SPAGNOLO, *I reati di illegale finanziamento dei partiti politici*, cit., p. 96 ss.

economicamente – al sostentamento dei diversi attori politici, una fattispecie di *corruzione funzionale* così costruita rischia concretamente di attrarre nell’area della rilevanza penale quelle dazioni, che invece appaiono del tutto fisiologiche, motivate dalla volontà di sostenere un certo indirizzo politico che si condivide, e dal quale ci si può aspettare anche di trarre un qualche giovamento.

Una conclusione analoga è stata tratta d’altra parte dall’analisi della disciplina dei reati di corruzione dello *Strafgesetzbuch* – dal quale è stata per certi versi mutuata la formulazione del nuovo art. 318 cod. pen. – e della relativa giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* e delle corti di merito. Abbiamo infatti ampiamente documentato lo sforzo – posto in essere sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza tedesca – di definire il confine tra la corruzione per l’esercizio della funzione ed il finanziamento illecito e lecito delle attività politiche. Sforzo che si è tuttavia concluso da parte del BGH con la costatazione, in una prospettiva *de jure condendo*, che – in relazione ai soggetti pubblici che concorrono ad incarichi elettivi e che quindi necessitano di procurarsi risorse economiche – più adatta sarebbe una *fattispecie di corruzione impropria ancorata all’atto d’ufficio*, come nella precedente formulazione legislativa.

6. Alcune conclusioni “intermedie”: la necessità di ritornare alla corruzione per un atto d’ufficio con riferimento ai “politici”

Lo sviluppo della nostra indagine ci ha portato – in questo capitolo – ad affrontare il tema della *difficile delimitazione del campo di applicazione del nuovo art. 318 cod. pen. (corruzione per l’esercizio della funzione)* che, a causa della scarsa capacità di tipizzazione dell’enunciato riformato, è ora in grado di attrarre nell’area del penalmente rilevante anche alcune attività che non solo appaiono lecite, ma che sono anche *incentivante* dall’ordinamento: anzitutto il finanziamento privato dei partiti e dei singoli candidati nelle competizioni elettorali.

Si tratta di una tematica nuova che si pone in relazione al novellato art. 318 cod. pen. e che – per via del poco tempo trascorso dalla sua entrata in vigore – non trova ancora riscontro in giurisprudenza. Alcuni attenti studiosi, seppur tangenzialmente, hanno tuttavia già sottolineato criticamente come la nuova corruzione funzionale si esponga ad un pericolo di *iper-criminalizzazione*, nel momento in cui tale norma incriminatrice

trovi applicazione in “ambito politico”, ed in particolare con riferimento a quei *pubblici agenti che necessitano di procurarsi risorse economiche per poter concorrere ad un incarico elettivo*. Nel vigore del “nuovo” art. 318 cod. pen., qualsiasi dazione di denaro da parte di un privato in favore di un partito o di un singolo candidato può dar adito al sospetto della presenza di un patto corruttivo: l’elargizione eseguita, ad esempio, in prossimità della campagna elettorale ben potrebbe infatti essere sospettata di essere diretta alla creazione di un canale preferenziale con la p.a., al fine di assicurarsi preventivamente la disponibilità del pubblico agente a compiere futuri imprecisati favori. Tutte le dazioni di denaro per fini di sostegno politico possono allora prestarsi all’accusa di *asservimento della funzione pubblica*: ovvero quella ipotesi di corruzione – introdotta con la riforma del 2012 – in cui l’indebita corresponsione di denaro ad un pubblico ufficiale è effettuata in ragione dei vantaggi generici che il privato possa attendersi nell’esercizio futuro (e ancora indeterminato) delle funzioni dell’agente pubblico.

Lo studio di questa tematica – in Italia solo accennato – trova in Germania un fondamentale termine di paragone. Anche nel sistema tedesco si è posto infatti con forza il tema della necessaria delimitazione del campo di applicazione dei reati di *corruzione funzionale*, di cui ai §§ 331 e 333 StGB. Disposizioni queste che – dopo la riforma del 1997, abbandonato il riferimento all’atto d’ufficio – hanno ampliato enormemente il loro ambito applicativo, ricomprendendovi anche la condotta di chi offre (il privato) o accetta (il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio) per l’*esercizio del servizio* un vantaggio per sé o per un terzo. Tale struttura del reato – in ragione della sua scarsa capacità di tipizzazione – ha sollevato e solleva problemi di esatta definizione del campo della rilevanza penale; e ciò soprattutto in quegli ambiti in cui è ammessa, legittimamente, l’elargizione di risorse private per il finanziamento di attività pubbliche.

A tale questione dottrina e giurisprudenza tedesche hanno tentato di far fronte in sede interpretativa, tramite una restrizione del campo d’applicazione delle disposizioni incriminatrici. Particolarmente significativa per gli scopi del nostro lavoro è stata la sentenza del *Bundesgerichtshof* che ha deciso il *caso Kremendahl*⁹⁷. Qui, per legittimare l’interpretazione restrittiva delle fattispecie nell’ambito del finanziamento elettorale, il BHG ha guardato per prima cosa al reato di *corruzione in cariche elettive ex § 108e*

⁹⁷ Cfr. *supra* par. 4.

StGB dalla cui formulazione – in cui permane l’espreso riferimento all’atto dell’ufficio – si desume chiaramente la volontà del legislatore di ammettere il *sostegno generale della politica dei parlamentari e dei partiti* tramite sovvenzioni in denaro. Una seconda argomentazione, questa volta di ordine costituzionale, risiede invece nella *parità del diritto all’elettorato passivo*. Impedire al soggetto pubblico che si candida alla rielezione la possibilità di lasciarsi sostenere finanziariamente dai mezzi di altri per l’esercizio della futura funzione, ridurrebbe la sua prerogativa alla parità elettorale in un modo non più giustificabile costituzionalmente. Tanto che, secondo il BGH un pubblico agente non è punibile per il reato di cui all’art. 331 StGB quando il sostegno finanziario a lui concesso serve o deve servire solamente a che questi, dopo l’esito positivo delle elezioni, eserciti il suo mandato in un modo che corrisponda alla convinzioni generali politiche od economiche di chi dà il vantaggio. Mentre, se il pubblico ufficiale si mostra pronto, come controprestazione per il sostegno elettorale, a prendere o ad influenzare una decisione concreta in favore di chi dà il vantaggio, si dovrebbe concludere per la sussistenza del § 331 StGB.

La presa di posizione dal *Bundesgerichtshof* ci sembra significativa. Qui si trova infatti una conferma del fatto che, con riferimento ai soggetti pubblici che concorrono ad incarichi elettivi e che quindi necessitano di procurarsi risorse economiche, sia più adatta una *fattispecie di corruzione impropria ancorata all’atto d’ufficio*, come nelle previgenti formulazioni dei §§ 331 e 333 StGB. Procedendo in questa direzione ci si uniformerebbe, d’altra parte, alla scelta che il legislatore tedesco ha compiuto nell’enunciato del reato di *corruzione in cariche elettive* (§ 108e StGB) – in Germania oggi applicabile, come abbiamo visto, ai soli membri direttamente eletti in assemblee rappresentative, ma non ai sindaci o ai presidenti di un *Land* –, in cui permane l’espreso riferimento all’atto dell’ufficio, e dalla quale si desume chiaramente la volontà legislativa di non criminalizzare il *sostegno generale* (anche economico) *della politica di chi riveste un incarico per elezione*.

Un’opzione, quest’ultima, più realista e che meglio si addice anche ad un sistema politico-istituzionale come quello italiano che – in seguito alla recente abolizione del finanziamento pubblico dei partiti – vede nel *finanziamento privato* l’unica modalità a disposizione degli *attori politici* per sostenere le proprie attività.

Lo studio della nuova *corruzione funzionale* ex art. 318 cod. pen. – e il confronto con le analoghe disposizioni del codice penale tedesco – ha quindi confermato quella che era la nostra ipotesi di lavoro iniziale: è infatti emersa una prima difficoltà applicativa dei reati di corruzione in “ambito politico” e, in particolare, quando questi riguardano quei *pubblici agenti che necessitano di procurarsi risorse economiche per poter concorrere ad un incarico elettivo*.

CAPITOLO III

ATTIVITÀ POLITICA E CORRUZIONE PER ATTO CONTRARIO AI “DOVERI D’UFFICIO” (ART. 319 COD. PEN.): UN PROBLEMatico BINOMIO

SOMMARIO: 1. Introduzione ed ipotesi di lavoro: l’eventuale impossibilità della *corruzione propria* per alcune categorie di soggetti. – 2. Il concetto di “atto contrario ai doveri di ufficio” nella fattispecie di *corruzione propria*. – 2.1. In particolare, gli atti discrezionali. – 3. Difficoltà di applicazione dell’art. 319 c.p. nei confronti dei soggetti che esercitano la funzione legislativa (parlamentari e consiglieri regionali). – 3.1. Un primo caso giurisprudenziale: la sentenza del Tribunale di Napoli sul caso Berlusconi-De Gregorio (acquisto del voto di un parlamentare). – 3.2. Ulteriori casi giurisprudenziali di corruzione per atto contrario ai “doveri d’ufficio” relativi alla funzione parlamentare. – 3.2.1. Il caso Felici: compravendita della presentazione di una proposta di legge. – 3.2.2. Un caso di compravendita delle posizioni politiche sostenute nell’aula parlamentare. – 3.3. La problematica compatibilità dell’assenza del vincolo di mandato parlamentare (art. 67 cost.) con la nozione di “atto contrario ai doveri d’ufficio” ex art. 319 cod. pen. – 3.4. La problematica compatibilità con la nozione di “atto contrario ai doveri d’ufficio” della insindacabilità del parlamentare (e del consigliere regionale) per i voti dati e le opinioni espresse nell’esercizio delle sue funzioni (artt. 68 e 122 Cost.). – 3.4.1. L’insindacabilità delle opinioni e dei voti come causa di giustificazione: conseguenze che ne derivano sul giudizio di legittimità degli atti del parlamentare. – 4. La problematica configurabilità della corruzione per atto contrario ai doveri d’ufficio (art. 319 cod. pen.) nei confronti dei soggetti pubblici che svolgono la *funzione di indirizzo politico*. – 4.1. La discrezionalità dell’amministrazione. – 4.2. Il rapporto tra discrezionalità e merito. – 4.3. L’abuso di ufficio come paradigma del sindacato del giudice penale sull’attività amministrativa. – 4.4. I limiti del sindacato del giudice penale sugli atti di indirizzo politico. – 5. Alcune conclusioni provvisorie: la problematica configurabilità della *corruzione propria* per i soggetti investiti della *funzione legislativa* e per quelli che svolgono la *funzione di indirizzo politico*.

1. Introduzione ed ipotesi di lavoro: l’eventuale impossibilità della *corruzione propria* per alcune categorie di soggetti

La lunga storia e la significativa casistica giurisprudenziale della corruzione per atto contrario ai doveri d’ufficio (art. 319 cod. pen. – c.d. corruzione propria) confermano quanto sia spesso problematico inquadrare le condotte dei “politici” nell’ambito delle norme che incriminano le corruzione.

Ci riferiamo – come il lettore ormai sa – sia agli agenti pubblici che sono investiti della *funzione legislativa* (parlamentari, consiglieri regionali) sia a quei soggetti che – direttamente eletti dal popolo o nominati in via fiduciaria da un eletto – svolgono, quali organi di vertice dell’ente d’appartenenza (statale, regionale o comunale), la c.d. *funzione di indirizzo politico* (ministri, presidenti di Regione, sindaci, assessori regionali o comunali e consiglieri comunali).

Perché possa risultare problematica l'applicabilità dell'art. 319 cod. pen. nei confronti dei "politici" eletti o nominati è presto detto: problematico è qualificare gli atti inerenti alla loro funzione come *atti contrari ai doveri d'ufficio* e individuare in capo a tali agenti pubblici un *dovere di compiere determinati atti o di farlo senza ritardo*. Tale difficoltà di sussunzione – lo tenteremo di dimostrare nel prosieguo – origina dalla peculiarità della funzione e dalle prerogative garantite ai soggetti che ricoprono un incarico politico/elettivo dalla Costituzione, oltre che dai principi e dai limiti cui il giudice penale deve attenersi nel vaglio degli atti amministrativi della p.a.

La nostra *ipotesi di lavoro*, come già nel capitolo precedente, è quella di considerare un'ulteriore criticità a cui conduce una concezione monolitica di pubblica amministrazione, e di elaborare dunque, in prospettiva *de jure condendo*, un nuovo argomento a sostegno della tesi del possibile trattamento penalistico differenziato dei "politici" rispetto al restante novero dei pubblici ufficiali.

2. Il concetto di "atto contrario ai doveri di ufficio" nella fattispecie di *corruzione propria*

L'art. 319 del codice penale nella formulazione vigente afferma: «Il pubblico ufficiale che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei a dieci anni»¹.

Oggetto della condotta corruttiva deve quindi essere un "atto di ufficio". Vi è accordo in dottrina e giurisprudenza circa il fatto che tale nozione vada considerata

¹ L'articolo nella formulazione attuale è stato introdotto dall'art. 7, l. 26 aprile 1990, n. 86. Le cornici edittali sono state modificate dall'art. 1, comma 75 della l. 6 novembre 2012, n. 190 e, da ultimo, dall'art. 1, comma 1 della l. 27 maggio 2015, n. 69. Il testo originario della disposizione così disponeva: «Il pubblico ufficiale, che, per omettere o ritardare un atto del suo ufficio, o per fare un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, ovvero ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da lire seicentomila a quattro milioni. – La pena è aumentata, se dal fatto deriva: 1) il conferimento di pubblici impieghi, stipendi, pensioni, onorificenze, o la stipulazione di contratti nei quali sia interessata l'amministrazione di cui fa parte il pubblico ufficiale; 2) il favore o il danno di una parte in un processo civile, penale o amministrativo. – Si applica la pena della reclusione da sei a venti anni e della multa non inferiore a lire cinque milioni se dal fatto deriva una sentenza di condanna all'ergastolo o alla reclusione. – Qualora il pubblico ufficiale riceva il denaro o l'utilità per aver agito contro i doveri del suo ufficio, o per aver omesso o ritardato un atto di ufficio, la pena è della reclusione da uno a tre anni e della multa da lire duecentomila a due milioni».

nell'accezione più ampia possibile, comprensiva, non solo degli atti formali, ma anche di ogni *concreto esercizio dei poteri* inerenti all'ufficio da parte della pubblica amministrazione (atti amministrativi, proposte, atti di diritto privato, atti di governo, comportamenti materiali, pareri)².

I concetti di '*ritardo*' o '*omissione*' non suscitano particolari problemi interpretativi: vengono pacificamente ricondotti alla nozione di atto contrario ai doveri di ufficio in quanto – si sostiene – l'omettere o il ritardare un atto inerente alle funzioni altro non è se non porre in essere una condotta omissiva contraria ai doveri dell'ufficio³.

Definire il concetto di '*atto contrario ai doveri di ufficio*' è invece meno semplice di quello che si potrebbe immaginare. A nostro parere vanno certamente rifiutate – anzitutto – quelle tesi che, ai fini dell'individuazione della *contrarietà ai doveri*, ritengono sufficiente che l'attività del pubblico ufficiale sia indirizzata a realizzare gli interessi di chi ha corrisposto l'indebito vantaggio, senza necessità di soffermarsi sull'effettiva illegittimità dell'atto⁴. Un simile orientamento si pone in contrasto con il dato letterale della norma che lega la caratteristica della *contrarietà ai doveri* direttamente all'atto. Quel che deve essere verificato, infatti, non è la sola violazione del dovere di *imparzialità* che si concretizza nell'obbligo di non accettare retribuzioni da privati⁵, ma anche che l'atto compiuto – o che si è promesso di compiere – sia stato posto in essere in violazione delle regole che presiedono alla sua emanazione⁶. Il delitto di *corruzione propria* – quantomeno secondo una parte della dottrina – è infatti considerato lesivo, non del solo interesse all'imparzialità, ma anche del principio del

² Cfr., per tutti, C. BENUSSI, sub *art. 319*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, 2015, p. 264, anche per ulteriori riferimenti a dottrina e giurisprudenza.

³ Cfr. A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, X ed., Milano, 2008, p. 224.

⁴ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 12 giugno 1996, in *Riv. pen. econ.*, 1997, p. 290; Cass. pen., 12 gennaio 1990, in *Cass. pen.*, 1992, p. 944, in cui si afferma che: «la contrarietà ai doveri d'ufficio può riguardare la condotta complessiva del funzionario, che anche tramite l'emanazione di atti formalmente regolari può venir meno ai suoi compiti istituzionali, inserendo tali atti in un contesto avente finalità diverse da quella di pubblica utilità. L'attenzione dell'interprete, per valutare la contrarietà o meno della condotta del pubblico ufficiale ai suoi doveri, deve incentrarsi non sui singoli atti, ma sull'insieme del servizio reso al privato, per cui, anche se ogni atto separatamente considerato corrisponda ai requisiti di legge, l'asservimento costante della funzione, per denaro, agli interessi privati concreta il reato di cui all'art. 319 c.p. anziché quello di cui al precedente art. 318 c.p.».

⁵ Cfr. A. PAGLIARO, *La retribuzione indebita come nucleo essenziale dei delitti di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 63, il quale afferma che «nel nostro diritto positivo, la lesività caratteristica di tutte le ipotesi di corruzione si impenna sull'offesa all'interesse che gli atti di ufficio (conformi o contrari al dovere) non siano oggetto di una compravendita privata».

⁶ Cfr. L. CONTRADA, *Le differenze tra la violazione del dovere interno e del dovere esterno nel reato di corruzione*, in *Riv. pen. econ.*, 1997, p. 302-303.

buon andamento della pubblica amministrazione e di quello della *legale distribuzione ed esercizio delle funzioni secondo competenza*, entrambi ricavabili dal dettato dell'art. 97 Cost.⁷.

Per quel che attiene quindi alla nozione di *atto contrario ad un dovere dell'ufficio*, secondo una prima tesi – più estensiva – in tale categoria rientrerebbero tutti gli atti del pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni posti in essere in contrasto, sia con *doveri specifici* dell'ufficio che trovano la propria fonte nella legge, nei regolamenti e nelle istruzioni di servizio; sia con *doveri generici* di fedeltà, obbedienza, segretezza, imparzialità, vigilanza e rettitudine, i quali incombono su tutti i cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche⁸.

Un secondo orientamento ritiene, al contrario ed in senso maggiormente restrittivo, che la valutazione dell'atto vada eseguita in relazione ai singoli e specifici doveri dell'ufficio, e non già con riferimento ai doveri generici di comportamento del pubblico ufficiale⁹. Quando oggetto del patto corruttivo è un atto amministrativo in senso stretto, verranno in rilievo le norme proprie del diritto amministrativo che regolano l'esercizio dell'attività¹⁰; in tutti gli altri casi, invece, la contrarietà (o conformità) ai doveri di ufficio dovrà essere di volta in volta verificata alla luce delle regole giuridiche che la

⁷ Cfr. M. B. MIRRI, *Corruzione propria e corruzione impropria tra Costituzione e politica legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 427 ss. L'Autrice individua nella legale distribuzione ed esercizio delle funzioni secondo competenza, nel buon andamento e nell'imparzialità della p.a. i tre valori fine che hanno rilievo per l'individuazione degli interessi tutelati penalmente e che servono ad orientare l'interpretazione delle fattispecie di corruzione.

⁸ Cfr. A. SEGRETO, G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, III ed., Milano, 1999, p. 360 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, XV ed., Milano, 2008, p. 355; R. PANNAIN, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1966, p. 133; S. SEMINARA, sub art. 319, in A. CRESPI, G. FORTI, G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, V ed., Padova, 2008, p. 780. Cfr. anche BENEDETTI, *Relazione della Giunta per le autorizzazioni a procedere. Domanda di autorizzazione a procedere in giudizio contro i deputati Carenini, Ciampaglia, Quaranta*, VI legislatura, doc. IV n. 75 A, 31 ottobre 1972, in www.storia.camera.it, p. 6-7, dove si menziona il filone giurisprudenziale secondo cui per la configurazione dell'art. 319, primo comma c.p. la contrarietà ai doveri di ufficio va ravvisata nella semplice violazione dei doveri di onestà e di correttezza. Un'interpretazione che sembra fondarsi sulla ritenuta inscindibilità tra comportamento e atto e quindi sulla possibilità che sia il primo a qualificare la natura del secondo; tanto che una attività di per sé conforme ai doveri di ufficio del parlamentare, quale quella volta a ritardare l'approvazione o comunque l'entrata in vigore di una legge o a proporre e sostenerne la irretroattività, finirebbe per divenire contraria soltanto in ragione del comportamento tenuto in una fase precedente, chiaramente distinta, quanto meno sotto il profilo concettuale e temporale. Da queste costatazioni il relatore deduce che la qualificazione giuridica sembra più correttamente identificarsi nella corruzione per un atto di ufficio.

⁹ Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, V ed., Torino, 1982, p. 221 ss., in cui l'Autore si sofferma sulla differenza tra contrarietà ai doveri d'ufficio e contrarietà alla disciplina, affermando che «la condotta illecita dell'agente deve incidere su quell'atto determinato che è da compiersi o che è stato compiuto, e non basta che contrasti con i doveri di ufficio in genere».

¹⁰ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, V ed., Bologna, 2012, p. 229.

disciplinano¹¹. *Non rilevano quindi in nessun modo gli atti che violano un generico dovere di correttezza od onestà* o che sono soltanto contrari al decoro dell'amministrazione¹².

2.1. In particolare, gli atti discrezionali

Maggiormente problematica è poi la verifica della contrarietà ai doveri d'ufficio quando oggetto dell'illecito mercimonio è un *atto discrezionale*. Ovvero, quando il pubblico ufficiale si trova nella situazione di poter «scegliere tra più attività lecite, pur essendo inderogabilmente tenuto ad ispirarsi all'interesse pubblico generale»¹³. È questa, invero, la casistica che interessa maggiormente ai fini della nostra indagine. I soggetti sui quali stiamo focalizzando l'attenzione – gli agenti pubblici che ricoprono un incarico politico/elettivo – svolgono infatti perlopiù attività caratterizzate da atti discrezionali, la cui contrarietà ai doveri risulta più difficile da valutare.

Anche in quest'ambito si rinvengono tesi di segno opposto. Accantonati preventivamente gli orientamenti più estremi – diretti da un lato, ad escludere in radice la configurabilità della *corruzione propria* nel caso di atto discrezionale, dall'altro, a ritenerla sempre configurabile a discapito di quella *impropria*¹⁴ – le opinioni presenti sul punto nella dottrina possono essere essenzialmente riconducibili a due indirizzi distinti.

Un primo criterio, c.d. *della motivazione*, afferma il principio secondo cui la corruzione è *propria* tutte le volte in cui è possibile provare che il pubblico ufficiale si

¹¹ Cfr. L. STORTONI, *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in AA.Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Milano, 2014, p. 149. M. ROMANO, *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2013, p. 200, che afferma che l'atto d'ufficio può essere contrario a: «leggi o regolamenti o a istruzioni o a ordine legittimamente impartiti».

¹² Cfr. C. F. GROSSO, *I delitti contro la p.a.*, in *Codice penale. Parte speciale*, in F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY (diretto da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, vol. IV, II ed., Torino, 1984, p. 249. In senso favorevole a questo secondo orientamento anche S. MASSI, *Atto vincolato, atto discrezionale e «asservimento» del pubblico agente nella struttura della corruzione propria*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p. 291.

¹³ A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 229.

¹⁴ Tesi di origine giurisprudenziale – a cui abbiamo accennato anche in precedenza – secondo cui l'atto discrezionale per il quale fosse stata corrisposta al pubblico ufficiale un'utilità sarebbe sempre dovuto essere considerato contrario ai doveri di ufficio in quanto questi avrebbe perduto la capacità di orientare la sua scelta secondo l'interesse pubblico. Si veda per esempio Cass. pen., 14 febbraio 1970, in *Mass. dec. pen.*, 1970, p. 338; Cass. pen., 1 agosto 1967, in *Cass. pen.*, 1968, p. 1253.

sia lasciato influenzare nella sua decisione dal vantaggio percepito¹⁵. A questo stesso filone è riconducibile poi quell'orientamento, autorevolmente sostenuto da Romano e c.d. *della motivazione obiettivata*, che – rispondendo alla critica secondo cui la motivazione è un momento interno della sfera psichica dell'agente che non può di per sé trasformare un atto da conforme a contrario – sostiene che vi siano i presupposti per configurare una *corruzione propria* tutte le volte in cui possa dimostrarsi che il pubblico agente, in forza della corruzione, assuma l'impegno di compiere un atto che, pur rientrando tra quelli astrattamente legittimi, non è tuttavia quello che egli avrebbe altrimenti compiuto¹⁶. Dovrebbe darsi rilevanza quindi *all'incidenza del patto corruttivo sulla scelta discrezionale del pubblico agente* e sulla sua capacità di trovare nel caso concreto la soluzione più adeguata a contemperare tutti gli interessi in gioco. Secondo questa impostazione, occorrerebbe quindi soffermarsi sulla discrasia tra l'atto richiesto e quello che il pubblico ufficiale avrebbe posto in essere in assenza dell'illecito mercimonio e nella prospettiva del maggior interesse pubblico¹⁷.

La tesi oggi dominante – sostenuta tra gli altri da Pagliaro – ritiene invece che ricorra la *corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio* tutte le volte in cui il pubblico agente *rinuncia preventivamente alla valutazione comparativa di interessi contrapposti* cui egli è nella specie deputato per ragioni di ufficio, ovvero *viola le regole che presiedono all'esercizio del potere discrezionale*¹⁸.

Questa impostazione poggia sul presupposto che *discrezionalità* non significa assoluta libertà dell'amministrazione. L'attribuzione di un potere discrezionale è difatti accompagnata dalla predisposizione di una serie di regole che definiscono i limiti entro i quali l'esercizio di tale potere può dirsi legittimo e la cui violazione è sindacabile da parte del giudice, senza per questo sconfinare nella valutazione dell'opportunità delle scelte poste in essere dalla p.a.¹⁹.

¹⁵ Cfr. F. GIANNITI, *Il problema della corruzione del pubblico ufficiale dotato di potere discrezionale*, in *La scuola positiva*, 1969, p. 186 ss.; ID., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, Milano, 1970, p. 163 ss.

¹⁶ Cfr. M. ROMANO, *Fatto di corruzione e atto discrezionale del pubblico ufficiale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 1314 ss. Si veda anche A. SPENA, *Il «Turpe mercato». Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003, p. 296, il quale, in ogni caso, accoglie come valido anche l'orientamento maggioritario della *rinuncia preventiva alla valutazione comparativa di interessi contrapposti*, ovvero della *violazione delle regole che presiedono all'esercizio del potere discrezionale*.

¹⁷ Cfr. F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto integrato*, Torino, 2012, p. 118, il quale aderisce alla posizione di Spena di cui alla nota precedente.

¹⁸ Cfr. *Ex multis* A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 232 ss.

¹⁹ Cfr. A. SPENA, *Il «Turpe mercato»*, cit., p. 294.

La stessa Corte costituzionale ha fatto d'altra parte ricorso al criterio 'rinuncia preventiva alla valutazione comparativa di interessi' per affermare – nella decisione resa nel noto caso *Lockheed*²⁰ – che sussiste il reato di cui all'art. 319 cod. pen. quando gli agenti pubblici corrotti si impegnano preventivamente a non esercitare il potere di libero apprezzamento dei contrapposti interessi che è inerente alle loro funzioni²¹. E ciò perché *l'uso del potere discrezionale è di per sé un atto d'ufficio* – *rectius* l'atto d'ufficio consiste in questo caso nell'utilizzo del potere discrezionale – e il non utilizzare il potere discrezionale è già, in senso penalistico, un omettere un atto dell'ufficio al quale si è tenuti²².

Per quanto attiene, invece, alla *violazione delle regole che presiedono all'esercizio del potere discrezionale*, per dare significato a questa formula di per sé priva di contenuto, alcuni Autori hanno sostenuto – attingendo alle categorie del diritto amministrativo – che l'attività discrezionale incontra tre limiti generali: il *soddisfacimento dell'interesse pubblico*, il *perseguimento del fine specifico per il quale il potere è stato conferito* ed i *precetti di logica ed imparzialità* e che l'esercizio di tale attività andrà quindi valutato secondo i vizi di legittimità tipici dell'atto amministrativo²³, ovvero l'*incompetenza*, la *violazione di legge* e l'*eccesso di potere*²⁴. Ai fini di questa valutazione deve essere riservato quanto meno un accenno a queste categorie, alla luce anche dell'interpretazione che ne danno la giurisprudenza e la dottrina amministrativistica.

Mentre il vizio della *violazione di legge* non dà luogo a particolari problemi – dovendosi intendere con esso l'inosservanza delle norme che presiedono all'esercizio del potere²⁵ – più problematico risulta essere la definizione dei concetti di *incompetenza*

²⁰ Cfr. *infra* par. 4.4.

²¹ Cfr. Corte cost., sent. 2 agosto 1979, n. 221, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 1368 ss.

²² Cfr. A. PAGLIARO, *Corruzione per il compimento di atto discrezionale*, in *Giur. cost., Suppl. al n. 10*, 1979, p. 447.

²³ L'art. 21 *octies*, comma 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241 (inserito dall'articolo 14, comma 1, della l. 11 febbraio 2005, n. 15) sancisce infatti che: «È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza».

²⁴ Cfr. *Ex multis* G. VASSALLI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Studi in onore di G. Musotto*, vol. V, Palermo, 1981, p. 247; A. SEGRETO, G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 367. Cass. pen., sez. VI, 4 novembre 1982, Desiderio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 498 ss. con nota di L. VIGNALE, *Corruzione propria e corruzione impropria per il compimento di un atto discrezionale*.

²⁵ Si veda, *contra*, P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. IV, Padova, 1958, p. 27 ss., il quale ritiene riconducibile al

ed *eccesso di potere*. Con riferimento al primo concetto si è precisato che sussiste il reato di *corruzione propria* quando l'atto non rientra nella competenza (generica) dell'ufficio cui appartiene il pubblico ufficiale, oppure quando a questi non è stato espressamente attribuito il potere di compierlo (c.d. competenza specifica). In questi casi infatti la contrarietà ai doveri conseguirebbe dal fatto che non può essere considerato un dovere dell'ufficio compiere un atto per il quale non vi è né la competenza personale né quella dell'organo al quale si appartiene²⁶.

Rimane da menzionare l'*eccesso di potere* che rappresenta sicuramente il profilo più complesso. Secondo la dottrina amministrativistica più autorevole tale vizio ricorre quando un pubblico agente, esercitando un potere discrezionale, persegue finalità differenti rispetto a quelle stabilite dalla legge attributiva del potere: si parla in altri termini di *sviamento del potere* o di violazione dei limiti interni non scritti della discrezionalità amministrativa²⁷. Non sussistendo una disposizione normativa che chiarisca meglio la portata delle categorie di *eccesso di potere* e *sviamento di potere*, è la giurisprudenza che si è fatta carico della loro elaborazione concettuale. Così – partendo dal presupposto della difficile sindacabilità in giudizio del fine effettivamente perseguito dall'agente pubblico – la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha elaborato il concetto della c.d. *figura sintomatica dell'eccesso di potere*. Si tratterebbe, in altre parole, di quei sintomi che – se riscontrati – lasciano presumere la sussistenza del vizio dell'eccesso di potere, salvo che l'amministrazione non provi il contrario. Sintomi di questo vizio sono stati allora considerati: la *disparità di trattamento* (l'applicazione di misure diverse in situazioni uguali senza alcuna giustificazione), la *manifesta ingiustizia* (ovvero la sproporzione tra un fatto e una misura della p.a.), la *contraddittorietà con precedenti provvedimenti* (il discostarsi da una prassi senza adeguata motivazione), il *travisamento dei fatti* (si suppongono esistenti fatti inesistenti o inesistenti fatti esistenti), l'*omesso o insufficiente accertamento o omessa o insufficiente istruttoria* (quando i presupposti richiesti dalla legge per l'adozione del provvedimento non sono stati acclarati o lo sono stati in modo insufficiente), l'*illogicità manifesta*

concetto di violazione di legge anche la violazione del principio di imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione.

²⁶ Cfr. A. SEGRETO, G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 368-369.

²⁷ In quest'ultimo senso si veda in particolare P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1968, p. 403.

(l'incongruenza tra motivazione e dispositivo del provvedimento o quando ci sono due motivazioni in conflitto), l'*omessa valutazione comparativa degli interessi in gioco*, il *vizio di motivazione* (omessa o insufficiente) e la *violazione del principio di proporzionalità*²⁸.

Salta subito all'occhio la difficoltà nel valutare la contrarietà o conformità ai doveri secondo questi parametri quando l'illecito mercimonio abbia ad oggetto un'attività discrezionale del pubblico agente. Emerge in particolare in pericolo di non sconfinare nella valutazione *del merito amministrativo*, ovvero in un giudizio legato ai *contenuti* e all'*opportunità* dell'atto stesso, e che non abbia come punto di riferimento alcuna regola formale. La posizione pressoché dominante in dottrina ha infatti escluso che su questo piano – quello del merito – possa esercitarsi un qualsiasi sindacato del giudice penale, in ossequio ad un principio che trae la sua logica dalla ripartizione tra poteri dello Stato e dalla riserva di azione amministrativa. Mancando ogni regola obiettiva di riferimento il giudice penale finirebbe infatti per sostituirsi *ex post* al pubblico amministratore nel definire ciò che, al momento del fatto, fosse o meno opportuno per gli interessi della pubblica amministrazione, con tutti i pericoli di assoluta arbitrarietà nella ridefinizione della corretta azione amministrativa²⁹.

È questo un principio – quello dell'insindacabilità del *merito amministrativo* da parte dell'autorità giurisdizionale – che ai nostri fini appare particolarmente significativo e sul quale torneremo ampiamente nel prosieguo della trattazione³⁰. Ci sembra infatti interessante approfondire le modalità con cui viene esercitato, in concreto, il sindacato giurisdizionale su quegli atti dell'amministrazione che si caratterizzano per un'amplissima discrezionalità o per un alto "tasso di politicità", per i quali dunque è più serio il rischio che – sotto le mentite spoglie dell'ambiguo vizio dell'eccesso di potere – si nasconda, illegittimamente, un vero e proprio vaglio di *opportunità* sulle scelte "politiche" dell'amministrazione da parte dell'autorità giudiziaria. Per esempio, il piano regolatore approvato dal Consiglio comunale – in cui vengono toccati tutti i differenti interessi in rapporto con il territorio – può essere definitivo dal giudice penale contrario ai doveri di ufficio in ragione dell'*omessa*

²⁸ Per la ricostruzione del concetto di eccesso di potere in questo senso si veda G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, V ed., Torino, 2010, p. 311 ss.

²⁹ Cfr. S. MASSI, *Atto vincolato, atto discrezionale e «asservimento»*, cit., p. 290.

³⁰ Cfr. *infra* par. 4.2.

valutazione degli interessi confliggenti, senza sconfinare in una valutazione del *merito amministrativo*? Che dire ancora del ministro che deve concedere il sito per un'attività estrattiva alla società risultata più idonea sul piano tecnico economico? Questa idoneità può essere valutata secondo i più diversi punti di vista e determinare le scelte più diverse: potrebbe essere più idonea l'azienda che ha più esperienza nel settore, quella che ha più capacità economica o quella che dispone delle attrezzature tecnologicamente più avanzate³¹. Quando un giudice potrà dire che questa scelta è illegittima perché *manifestamente ingiusta*?

Non solo. Anche ammettendo che i criteri amministrativistici qui richiamati conducano a risultati soddisfacenti in sede giurisprudenziale, questi potrebbero trovare applicazione con esclusivo riferimento agli *atti formali* e non anche in relazione a tutte le forme di sostanziale esercizio dei poteri inerenti all'ufficio da parte della pubblica amministrazione (atti amministrativi in senso lato, proposte, atti di diritto privato, atti di governo, comportamenti materiali, pareri), che pur rientrano nella nozione ampia di "atto di ufficio" che si è visto essere accolta unanimemente da dottrina e giurisprudenza.

3. Difficoltà di applicazione dell'art. 319 c.p. nei confronti dei soggetti che esercitano la funzione legislativa (parlamentari e consiglieri regionali)

Analogamente inadeguato appare il richiamo ai vizi dell'atto amministrativo per distinguere tra *corruzione propria* ed *impropria* nel caso dell'esercizio del *potere legislativo*³². Come subito vedremo, già la sola lettura delle disposizioni della Costituzione dedicati alla *funzione legislativa* mostra come sia problematico configurare la *corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio* nei confronti dei parlamentari e dei consiglieri regionali.

³¹ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, III ed., Torino, 2012, p. 283.

³² Cfr. A. SPENA, *Il «turpe mercato»*, cit., p. 295.

3.1. Un primo caso giurisprudenziale: la sentenza del Tribunale di Napoli sul caso Berlusconi-De Gregorio (acquisto del voto di un parlamentare)

Un caso emblematico della segnalata difficoltà di applicazione dell'art. 319 cod. pen. nei confronti dei soggetti che svolgono la funzione legislativa è rappresentato dalla recente sentenza del Tribunale di Napoli che ha condannato per *corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio* Silvio Berlusconi, in esito alla nota vicenda relativa "all'acquisto" del voto del senatore De Gregorio³³. Il Tribunale ha infatti constatato che Silvio Berlusconi, quale istigatore prima e autore materiale poi, nella sua posizione di *leader* dello schieramento di centro-destra, al fine di erodere la ridotta maggioranza numerica che sosteneva l'allora governo di centro-sinistra guidato da Romano Prodi, aveva promesso e quindi consegnato – tramite un suo intermediario (Valter Lavitola) – una somma di denaro pari a tre milioni di euro all'allora sen. Sergio De Gregorio, eletto nelle liste dell'Italia dei Valori e sostenitore del Governo Prodi. Tali somme, secondo la ricostruzione del Tribunale, erano state poi in concreto erogate – dal luglio 2006 sino al marzo 2008 – per un milione in bonifici bancari e sotto forma di simulato contributo partitico, e per i restanti due milioni "in nero" e a scadenza dilazionata. Quest'ultima modalità era stata concordata in modo da assicurarsi l'effettivo e progressivo rispetto del patto illecito intercorso: le somme venivano infatti da Berlusconi quale corrispettivo delle manifestazioni di voto contrario alle proposte della maggioranza di governo di centro-sinistra da parte di De Gregorio.

Il Tribunale di Napoli ha quindi condannato *ex artt. 110, 319, 321 cod. pen.* Silvio Berlusconi e Valter Lavitola alla pena di tre anni di reclusione, in quanto corruttori dell'allora senatore Sergio De Gregorio (nei confronti del quale si è proceduto separatamente), resosi responsabile, secondo il collegio giudicante, di diversi atti contrari ai propri doveri d'ufficio.

Non ha suscitato particolari perplessità la verifica della sussistenza della condotta penalmente rilevante: da un lato la dazione di denaro da parte di Berlusconi, per mezzo dell'intermediazione di Lavitola; d'altra parte la ricezione di tale somma (quantificata in

³³ Cfr. Trib. Napoli, sez. I, 8 luglio 2015, n. 11917, in *Dir. pen. cont.*, con nota di M.C. UBIALI, *In tema di corruzione del parlamentare: la sentenza del Tribunale di Napoli sul leading-case Berlusconi-De Gregorio*, 19 maggio 2016. Sentenza che ha avuto tra l'altro ampia copertura mediatica. Si veda, ad esempio, *Berlusconi comprò la libertà del senatore De Gregorio*, in www.lastampa.it, 7 ottobre 2015; oppure *Berlusconi condannato per i 3 milioni di euro a Sergio De Gregorio. Ma arriva la prescrizione*, in www.espresso.repubblica.it, 9 luglio 2015.

tre milioni di euro) da parte di De Gregorio, quale concretizzazione dell'accordo corruttivo precedentemente intercorso³⁴.

Più problematico è risultato, invece, il profilo relativo all'atto contrario ai doveri d'ufficio che il senatore si era impegnato a compiere quale controprestazione per il denaro ricevuto. Sul punto lo stesso De Gregorio, nel corso delle sue deposizioni, aveva affermato che «Berlusconi gli aveva dato istruzioni di fare tutto il possibile in aula ed in commissione per mettere in difficoltà il Governo Prodi, adoperandosi con ogni mezzo per danneggiare la maggioranza di centro-sinistra, evidenziandone le criticità e le contraddizioni interne e sottolineandone le scelte sbagliate e impopolari». Esplicazione di ciò erano state le prese di posizione pubbliche e i voti espressi da De Gregorio in aula e nella commissione difesa del Senato, tanto che questi era oramai considerato, dai capi gruppo parlamentari di Forza Italia, acquisito alle fila dell'opposizione di centro-destra.

Il collegio – questo è il punto centrale ai fini della nostra indagine – si è chiesto dunque se le condotte del senatore qui richiamate potessero dirsi contrarie ai suoi doveri d'ufficio, alla luce del particolare *status* che contraddistingue la funzione parlamentare, caratterizzata da *un'ampia autonomia che si manifesta in scelte pressoché totalmente discrezionali*. Anzitutto il Tribunale individua nella sentenza il c.d. *statuto del parlamentare*, i cui doveri e obblighi sarebbero stati lesi dalle condotte di De Gregorio. Viene menzionata la funzione di *rappresentante della Nazione* di cui all'art. 67 Cost., che implica che ai parlamentari «è attribuito il delicato e altissimo compito di interpretare l'interesse comune e il sentire dell'intero popolo». Non v'è dubbio, che «l'ispirare il proprio agire e lo svolgimento della propria funzione non già all'espressione del sentire della Nazione o di una sua parte, ma al perseguimento di

³⁴ La motivazione della sentenza si è soffermata anche sulla necessaria qualifica soggettiva di pubblico ufficiale richiesta dall'art. 319 cod. pen. Sul punto la sentenza ha precisato che tale qualità rileva nel presente processo esclusivamente con riferimento alla posizione di De Gregorio, ovvero del corrotto, rispetto alla cui presenza non sussiste alcun dubbio, restando irrilevante che, anche uno dei corruttori, ovvero Silvio Berlusconi, fosse a suo tempo parlamentare. A questo proposito, infatti, l'art. 321 c.p. – il quale estende le pene di cui all'art. 319 c.p. anche a chi dà o promette al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio il denaro o altra utilità – non richiede che il corruttore rivesta una qualifica pubblica. Tale precisazione, a detta del collegio, non è superflua perché "vale a svincolare del tutto l'agire di uno degli odierni imputati, Silvio Berlusconi, dalla garanzia costituzionale per le opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle sue funzioni, di cui all'art. 68 della Costituzione". La promessa e poi la dazione di denaro da parte di Berlusconi, in cambio dell'esercizio prezzolato della funzione parlamentare di De Gregorio, sempre da quanto si legge in motivazione, "non sono riconducibili alla concomitante qualità di Deputato che il primo rivestiva". Tale garanzia costituzionale potrebbe invece venire in rilievo in relazione alle condotte di De Gregorio, profilo su cui il collegio, come vedremo, si soffermerà a lungo in altra parte della motivazione.

interessi particolaristici e individuali, come corrispettivo di pagamenti in denaro ricevuti, costituisce per il parlamentare una violazione di tale primo e importantissimo dovere».

Non solo, l'art. 67 della Costituzione impone un fondamentale *dovere di autonomia* nello svolgimento del mandato, tanto da far ritenere che «chi orienti il proprio agire in conformità alle richieste, alle direttive o anche solo ai desideri del corruttore, per finalità utilitaristiche e scelte prezzolate, recede a tale dovere che ha assunto su di sé sin dalla proclamazione alla carica di deputato o di senatore».

Da ultimo, il Tribunale menziona l'art. 54, comma 2 Cost. il quale prescrive ai cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge; e aggiunge che certamente tale dovere sussiste, più di ogni altro, in capo a chi riveste la carica parlamentare e che senza dubbio vi contravviene, chi sceglie di vincolare il proprio agire a direttive ricevute quale controprestazione di una dazione in denaro.

Da quanto fin qui affermato il Tribunale di Napoli ha dedotto quindi che *le condotte poste in essere dal senatore in aula e in commissione costituirono una violazione di tali doveri e quindi atti contrari ai doveri d'ufficio*. In altre parole, l'illecito compiuto da De Gregorio consistette «*nell'aver abdicato in cambio di denaro, precisamente di tre milioni di euro, alla sua libera e incoercibile facoltà di scegliere se fare eventualmente anche proprio tutto ciò, laddove egli lo avesse ritenuto meglio rispondente all'interesse della Nazione, o di non farlo nei casi in cui non ne ricorressero le condizioni*». Da quanto si legge dalle deposizioni dello stesso senatore, infatti, pur manifestando questi una certa vicinanza ideologica alle posizioni del centro-destra, in ragione dei suoi passati trascorsi nel partito socialista di Craxi, non fu questa consonanza politica che lo determinò a passare da uno schieramento all'altro, bensì l'ingente offerta economica promessagli da Berlusconi.

Dopo aver riscontrato la presenza di tutti gli elementi necessari al configurarsi del reato di corruzione *ex art. 319 c.p.*, il Tribunale di Napoli si è soffermato quindi sulla *questione dell'operatività nel caso concreto dell'immunità parlamentare di cui all'art. 68 Cost.*, il quale dispone che «i membri del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni». In altre parole, le difese dei coimputati hanno tentato di

sostenere che la condotta materialmente tenuta da De Gregorio, aveva la sua espressione nell'esercizio del voto e, come tale, non poteva essere oggetto di sindacato giurisdizionale in virtù di quanto previsto dall'art. 68 della Costituzione. Si è posto dunque il problema di chiarire se «l'atto corruttivo di cui sia partecipe un parlamentare, in ragione del quale questi accetti di vincolare il libero esercizio del suo diritto di voto e comunque di farne oggetto di compromesso per fini di lucro personale o non esclusivamente politici, possa dirsi "coperto" dall'immunità descritta da tale articolo».

Richiamando la dottrina costituzionale sul punto, il tribunale di Napoli ha affermato che il criterio discrezionale per distinguere ciò che è coperto dall'immunità da ciò che non lo è risiede nella verifica se, oltre all'opinione e al voto espressi, «residui una parte della condotta imputata al parlamentare». In tal caso la parte residua sarebbe possibile oggetto di procedimento. Si è sostenuto quindi, sempre facendo riferimento alla dottrina maggioritaria sul punto, che «in un patto corruttivo, quello che sicuramente è insindacabile è l'atto parlamentare con cui l'eletto asseritamente corrotto dà corso al suo impegno; ma la riunione preparatoria con cui ha stabilito i termini dell'accordo illecito e le modalità di pagamento della "tangente" sarà fuori dalla prerogativa. Se invece la condotta incriminata si esaurisce nell'opinione espressa nell'esercizio della funzione, il fatto sarà interamente insindacabile». Facendo applicazione di tali principi, il tribunale ha concluso quindi che la condotta di De Gregorio ricadeva al di fuori dell'immunità parlamentare di cui all'art. 68 Cost. Tale conclusione si è riflessa sulla posizione dei privati corruttori: Berlusconi e Lavitola sono stati di conseguenza condannati *ex art. 321 c.p.* per aver consegnato ad un pubblico ufficiale denaro in relazione al compimento di atti contrari ai doveri d'ufficio di cui all'art. 319 cod. pen.

Come avremo modo di considerare, le conclusioni del Tribunale di Napoli prestano il fianco a critiche significative³⁵. Le vicende del caso concreto mostrano infatti *ictu oculi* come sia problematico qualificare il voto reso nell'aula del Senato come un "atto contrario ai doveri d'ufficio". Mal si adatta questa formulazione – lo anticipiamo ora ma avremo modo di ritornarci più avanti – all'attività del parlamentare, che non è vincolata a norme o direttive chiare, ma al contrario gode della più ampia libertà ed autonomia derivanti dal mandato elettorale a questi conferito. La ricostruzione del c.d. *statuto del*

³⁵ Cfr. *infra* par. 3.3. e 3.4.

parlamentare, ricavato da una libera esegesi di alcuni articoli della Costituzione – che invero dettano esclusivamente indicazioni di principio – sembra inoltre un'operazione interpretativa impropria che allarga eccessivamente il campo di applicazione della norma incriminatrice lasciando troppa libertà al giudice di decidere, concretamente, quali condotte risultino contrarie ai doveri dei parlamentari e quali no.

3.2. *Ulteriori casi giurisprudenziali di corruzione per atto contrario ai “doveri d’ufficio” relativi alla funzione parlamentare*

È interessante ai nostri fini dar conto, di seguito, di un'ulteriore selezione di casi – invero più risalenti – dai quali è tuttavia originato, tra gli studiosi di diritto penale e di diritto costituzionale, un acceso dibattito³⁶ in merito alla configurabilità del reato di *corruzione propria ex art. 319 cod. pen.* in relazione alle condotte tipiche della funzione parlamentare.

3.2.1. *Il caso Felici: compravendita della presentazione di una proposta di legge*

Il primo caso riguarda un deputato della Camera (on. Felici), chiamato a rispondere del delitto di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio, per aver, in concorso con altre persone, accettato la promessa di un'ingente somma di denaro, affinché, nella sua qualità di deputato del Parlamento italiano, presentasse e poi sostenesse alcune *proposte di legge* che – secondo i propositi dei corruttori – dovevano, da un lato, rendere lecito l'uso nei luoghi pubblici di congegni automatici che consentissero il prolungamento delle partite sugli apparecchi elettronici di divertimento e, dall'altro, garantire ad un

³⁶ Si veda, senza pretese di esaustività, in particolare G. VASSALLI, *Punti interrogativi sulla estensione della irresponsabilità dei membri del Parlamento*, in *Scritti in onore di G. Chiarelli*, tomo IV, Milano, 1974, p. 4279 ss.; ID., *Comunicazione del presidente della Giunta per le autorizzazioni a procedere. Domanda di autorizzazione a procedere in giudizio contro il deputato Felici*, V legislatura, Doc. IV n. 136 B, 24 marzo 1971, in www.storia.camera.it; R. MORETTI, *Sui limiti delle immunità parlamentari*, in *Giur. cost.*, 1976, p. 751 ss.; BENEDETTI, *Relazione della Giunta per le autorizzazioni a procedere*, cit., p. 6-7; G. LONG, sub *art. 68*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Le Camere*, tomo II, Bologna-Roma, 1986, p. 185 ss.; A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 227-228; F. CAMPAGNA, *Illecito penale ed insindacabilità parlamentare*, Napoli, 2012, p. 171.

particolare ente pubblico la competenza di distribuire i contrassegni da applicare sugli apparecchi e il diritto di riscuotere la relativa tassa.

La vicenda è stata sottoposta, nel marzo del 1971, al vaglio della Giunta per le autorizzazioni a procedere della Camera dei Deputati che ha negato la concessione dell'autorizzazione. Le motivazioni di tale diniego, autorevolmente espresse nella comunicazione all'Assemblea da Giuliano Vassalli³⁷, all'epoca presidente della Giunta, poggiavano fondamentalmente su due ragioni:

- a) anzitutto la “singolarità” dell'imputazione formulata a carico dell'onorevole Felici. Ad opinione della maggioranza della Giunta, infatti, bisognava *escludere che un altro potere dello Stato potesse qualificare gli atti tipici del parlamentare come conformi o contrari ai poteri d'ufficio*, tanto che emergeva il dubbio circa la legittimità costituzionale dell'art. 357 cod. pen. (Nozione del pubblico ufficiale) che – come abbiamo sottolineato nella parte iniziale del nostro lavoro – equipara i soggetti che svolgono la funzione legislativa alla massa indistinta dei pubblici ufficiali;
- b) in secondo luogo, la condotta del deputato doveva essere sottratta al sindacato giurisdizionale in virtù di un'interpretazione estensiva dell'art. 68, comma 1 Cost. (insindacabilità per le opinioni espresse ed i voti dati), in modo che tale disposizione comprendesse «non soltanto l'attività parlamentare tipica, ma anche quella che si ponga come inscindibilmente collegata e strumentale rispetto alla prima, tanto da costituirne l'antecedente o un momento di formazione o addirittura la motivazione»³⁸.

3.2.2. *Un caso di compravendita delle posizioni politiche sostenute nell'aula parlamentare*

Un secondo caso, analogo ma risolto in senso opposto, riguarda invece l'autorizzazione a procedere richiesta nei confronti di tre membri della Camera, chiamati a rispondere dell'imputazione di *corruzione propria*, a) per aver proposto e sostenuto, quali componenti della Commissione finanze e tesoro, l'irretroattività

³⁷ Cfr. G. VASSALLI, *Comunicazione del presidente della Giunta per le autorizzazioni a procedere*, cit.

³⁸ *Ivi*, p. 3-4.

delle norme di interpretazione autentica che avrebbero dovuto restringere il campo d'applicazione di una legge che aveva previsto una serie di esenzioni tributarie; b) per essersi adoperati, in qualità di parlamentari e nell'interesse di un imprenditore dolciario, al fine di ottenere speciali autorizzazioni allo sdoganamento di alcune partite di merci estere in regime fiscale agevolato.

La Giunta – pur condividendo il rilievo circa la singolarità dell'imputazione di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio nei confronti di un parlamentare – si è espressa, nell'ottobre del 1972, a favore dell'autorizzazione a procedere, sancendo il principio secondo cui l'insindacabilità di cui all'art. 68, comma 1 Cost. «copre qualsiasi attività preparatoria che della funzione parlamentare tipica costituisca motivazione o premessa se pur indiretta e lontana, *purché sempre riconducibile al quadro costituzionale*», ovvero «ai contenuti che il programma politico della Costituzione, nella sua dinamica articolazione, tende a sollecitare e a realizzare». Se ne è dedotto quindi il rifiuto della «tutela costituzionale all'accettazione di denaro o di altri beni materiali, o della relativa promessa, che intervenga a condizionare il compimento di un atto parlamentare tipico»³⁹.

I due casi da ultimo menzionati, uniti a quello più recente su cui si è pronunciato il Tribunale di Napoli, ci sembra suggeriscano l'opportunità di considerare più da vicino le peculiarità e le prerogative dello *status* parlamentare (e di consigliere regionale), così come delineate dalla Costituzione. La nostra ipotesi di lavoro è infatti quella di verificare se e in che termini le peculiarità della funzione legislativa rappresentino uno ostacolo alla configurabilità del delitto di *corruzione propria* ex art. 319 cod. pen. L'esito positivo di tale verifica, infatti, corroborerebbe le tesi della necessità di un trattamento penalistico differenziato dei “politici” rispetto alla massa indistinta dei “pubblici ufficiali” ex art. 357 cod. pen.

Tra le disposizioni della Costituzione che delineano le caratteristiche della figura del parlamentare (e del consigliere regionale) – che è qui necessario approfondire – si segnalano: a) l'art. 67 Cost., secondo cui *ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato*; b) l'art. 68, comma 1 che – sancendo *l'insindacabilità delle opinioni espresse e dei voti dati dai parlamentari nell'esercizio delle loro funzioni* – sembra poter essere invocato a

³⁹ BENEDETTI, *Relazione della Giunta per le autorizzazioni a procedere*, cit., p. 1 ss.

sostegno di una tesi favorevole a una restrizione del campo del penalmente rilevante quando l'oggetto della condotta corruttiva coincide con il *voto* (o con qualsiasi presa di posizione) all'interno dell'assemblea d'appartenenza o in una sua articolazione interna.

3.3. *La problematica compatibilità dell'assenza del vincolo di mandato parlamentare (art. 67 cost.) con la nozione di "atto contrario ai doveri d'ufficio" ex art. 319 cod. pen.*

L'assenza di vincoli di mandato sancita per il parlamentare dall'art. 67 Cost. (e garantita anche ai consiglieri regionali da analoghe disposizioni contenute nei singoli Statuti⁴⁰) *rende particolarmente problematica la possibilità di qualificare gli atti tipici della sua funzione come "atti contrari ai doveri d'ufficio"*. Mal si adatta infatti quest'ultima formulazione all'attività del parlamentare, che non è vincolata a norme o direttive chiare, ma al contrario – proprio in forza della prerogativa dell'art. 67 Cost. – gode della più ampia libertà ed autonomia derivanti dal mandato elettorale. L'interpretazione che la dottrina ha fornito del contenuto di questa disposizione costituzionale avvalora – come vedremo tra breve – quanto abbiamo appena affermato, ponendosi di conseguenza in contraddizione con la sentenza del Tribunale di Napoli nel caso Berlusconi-De Gregorio, la quale, ha individuato una serie di doveri e obblighi del parlamentare che, qualora violati nel compimento di un atto funzionale, potrebbero dare luogo ad un *atto contrario ai doveri dell'ufficio*.

A questo proposito è fondamentale notare anzitutto come, se è pur vero che l'art. 67 Cost. assegna al parlamentare la funzione di *rappresentante della Nazione*, dalla quale discende «il delicato e altissimo compito di interpretare l'interesse comune e il sentire dell'intero popolo»⁴¹, non si può trascurare ciò che i costituzionalisti sottolineano: nella Costituzione repubblicana il parlamentare rappresenta il popolo articolato nel suo

⁴⁰ A titolo d'esempio, lo Statuto della Lombardia stabilisce all'art. 13, comma 1, che: «il consigliere regionale rappresenta la comunità regionale ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato». Analoga formulazione è adotta dallo Statuto della Regione Lazio all'art. 29, comma 1: «i consiglieri regionali rappresentano la Regione ed esercitano le funzioni senza vincolo di mandato». Simili disposizioni si ritrovano negli Statuti di tutte le Regioni italiane.

⁴¹ Trib. Napoli, sez. I, 8 luglio 2015, n. 11917, in *Dir. pen. cont.*, cit.

pluralismo sociale, e ciò fa sì che questi possa esercitare il suo mandato sostenendo liberamente il punto di vista di una parte del popolo stesso⁴².

La stessa Corte costituzionale⁴³ ha d'altra parte accolto un'interpretazione "minimalista" della disposizione, sostenendo che l'art. 67 Cost. avrebbe un carattere negativo e residuale volendo negare, non tanto che il parlamentare possa essere investito dalle indicazioni dei propri elettori, del proprio partito o di un gruppo di pressione, ma esclusivamente che l'ordinamento possa dare *efficacia*, attraverso *sanzioni* giuridiche, ai vincoli da questi sottoscritti. Con la conseguenza che il parlamentare è libero di votare secondo gli indirizzi di una parte dei suoi elettori o del suo partito, ma è anche libero di sottrarsene⁴⁴.

La *preordinazione dell'agire del parlamentare ad un interesse generale così connotato non può dunque essere considerata alla stregua di un dovere d'ufficio*: la libertà nella definizione delle finalità del proprio agire – che giunge fino al punto di poter decidere di quali interessi, ancorché parziali, farsi portatore – non può in alcun modo divenire il parametro di un giudizio di conformità degli atti ad opera dell'autorità giurisdizionale. A sostegno di ciò nella dottrina costituzionalistica si è autorevolmente sostenuto che, con riguardo all'attività dei membri degli organi politico-legislativi, il concetto di *interesse pubblico* è così lato ed indefinito e rimesso all'apprezzamento soggettivo dei singoli parlamentari, che può avvenire che questo venga identificato nell'interesse fatto valere dal punto di vista particolare dei singoli individui che compongono le Camere, e «che tale identificazione sia perfettamente ammissibile, mancando nell'ordinamento un soggetto abilitato a sindacare da un qualunque punto di vista giuridico il comportamento del parlamentare»⁴⁵.

⁴² Cfr. C. BOLOGNA, sub *art. 67*, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova, 2008, p. 620. Si veda anche per la caratterizzazione del concetto di Nazione come popolo V. CRISAFULLI, L. DAMIANO, *Nazione*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, p. 787.

⁴³ Cfr. Corte cost., 24 febbraio 1964, n. 14, § 2.

⁴⁴ Cfr. L. CIAURRO, sub *art. 67*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 1292.

⁴⁵ G. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari. Natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Torino, 1979, p. 72-73. *Contra* N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'art. 67 della Costituzione*, Milano, 1991, p. 292 ss. Secondo l'autorevole Autore dall'art. 67 Cost. si deduce la non indifferenza della Costituzione rispetto ai modi nei quali la "Nazione" viene rappresentata. In altre parole, né da quest'articolo, né dal successivo si potrebbe derivare l'idea di una presunzione assoluta di legittimità dell'attività rappresentativa parlamentare. Da ciò discende – riprendendo un'opinione che l'Autore sembra far propria – che «tra i limiti fondamentali entro i quali i parlamentari sarebbero tenuti ad esercitare la loro attività rappresentativa vi sarebbe anzi quello dell'interesse nazionale, non richiamato del resto dal solo art. 67, ma presente in vari altri articoli del testo costituzionale: ed essendo anche i

Quanto poi al correlato *dovere di autonomia nello svolgimento della funzione*, discendente anch'esso dall'art. 67 Cost., secondo la citata sentenza del Tribunale di Napoli⁴⁶ sarebbe inquadrabile alla stregua di uno dei principali doveri della funzione parlamentare. Senonché questa autonomia, più che configurarsi come un *dovere dell'ufficio*, va a nostro avviso intesa, al contrario, come libertà nella determinazione degli scopi della propria attività. Ci sembra che ciò sia confermato dal fatto che la Costituzione *non impone ai soggetti che svolgono la funzione legislativa gli stessi doveri che incombono su chi riveste incarichi amministrativi: in primis il principio d'imparzialità ex art. 97 Cost.* Tale dovere, come abbiamo già sottolineato in apertura del presente lavoro ricordando l'opinione di Tagliarini⁴⁷, non è infatti conciliabile con le facoltà più significative e legittime attribuite dall'ordinamento ai parlamentari nell'esercizio delle loro funzioni. Ciò perché i parlamentari sono – in ogni ordinamento democratico – esponenti dei partiti, ovverosia di gruppi politici che non cessano mai di essere portatori di interessi *parziali*, facenti capo a classi, gruppi di persone ed anche a singoli cittadini⁴⁸.

Un discorso del tutto simile può d'altra parte essere condotto anche con riguardo al *dovere di buon andamento* dell'amministrazione, previsto sempre dall'art. 97 Cost. Il Costituente non ha posto tale obbligo a carico dei parlamentari e, conseguentemente non li ha resi soggetti passivi di specifiche situazioni giuridiche doverose in ordine all'espletamento della potestà ad essi attribuite⁴⁹.

Con ciò – beninteso – non intendiamo in alcun modo dire che le condotte dei parlamentari, quali quelle che emergono dalla casistica considerata, debbano necessariamente andare esenti da pena. Al contrario, quello che ci pare ragionevole sostenere – con il sostegno delle citate disposizioni costituzionali – è che la fattispecie di *corruzione propria* mal si addica ai fatti del parlamentare (e del consigliere regionale) quando l'oggetto della condotta corruttiva è un *atto tipico della funzione legislativa*.

In una prospettiva comparatistica, argomentazioni simili – fondate sull'idea della “libertà del mandato” – sono d'altra parte invocate nell'ordinamento tedesco per

parlamentari dei pubblici funzionari, essi dovrebbero esercitare tutte le loro attività in funzione di questo interesse generale, collettivo, pubblico, altamente dominante nella nostra Costituzione».

⁴⁶ Cfr. *supra* par. 3.1.

⁴⁷ Cfr. *supra* cap. I, par. 2.1.

⁴⁸ Cfr. F. TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale*, Milano, 1973, p. 212.

⁴⁹ Cfr. *Ivi*, p. 219-220.

giustificare la perdurante presenza nel codice penale di una norma incriminatrice della corruzione specificatamente riservata non solo ai *parlamentari*, ma a tutti gli *eletti in assemblee rappresentative* (§ 108e StGB *Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern*)⁵⁰. L'art. 38 del *Grundgesetz* sancisce che «i deputati del Bundestag sono eletti a suffragio universale, diretto, libero, uguale e segreto. Essi sono i rappresentanti di tutto il popolo, non sono vincolati da mandati né da direttive e sono soggetti soltanto alla loro coscienza»⁵¹.

Dal concetto di *libero mandato* di cui all'art. 38 GG la dottrina tedesca fa discendere un duplice ordine di conseguenze: da un lato, l'esigenza che sia assicurata all'eletto una certa indipendenza, che si traduce nella possibilità (e non nel dovere) di perseguire interessi particolari. Dall'altro lato, la necessità di evitare l'asservimento del deputato a tali interessi particolari; e ciò perché altrimenti questi sarebbe di fatto legato “ad un mandato o a direttive”, in contraddizione con la formulazione della stessa disposizione costituzionale. Oltre a ciò si osserva come nelle votazioni parlamentari giochino un ruolo decisivo valutazioni e punti di vista politici, tanto che è legittimo – si sostiene – che durante le votazioni si perseguano “*scopi politici*” che vanno anche nell'interesse personale del votante. Per i deputati, la rappresentanza di un certo gruppo (sociale, territoriale, economico) ha infatti un significato importante per la propria collocazione come candidato e non contraddice le regole della democrazia ma, al contrario, ne costituisce il fondamento stesso⁵².

Una tale ricostruzione dello *status* di chi ricopre un incarico elettivo è considerata, dalla dottrina costituzionalistica tedesca maggioritaria, quanto di più lontano dalla

⁵⁰ Cfr. *supra* cap. I, par. 4 e cap. II, par. 2.2. Si veda a questo proposito M. MORLOK, *Finanziamento della politica e corruzione: il caso tedesco*, in *Quad. cost.*, 1999, p. 267-268, il quale sostiene la ragionevolezza della presenza di questa norma incriminatrice proprio a partire dalla peculiarità della funzione svolta dagli “eletti” e dalle prerogative costituzionali a questi riservate: «per spiegare perché la corruzione è difficile da individuare va menzionata però soprattutto una ragione sistematica. I ruoli di guida politica comportano attività di determinazione per azioni subordinate che per parte loro sono poco determinate. Nel linguaggio dei computer: un'attività di programmazione è di per sé poco programmata. In mancanza di un programma dettagliato non esistono troppe possibilità per valutare azioni giuste o sbagliate degli attori politici. Ciò trova espressione giuridica nell'indipendenza costituzionale dei parlamentari: i deputati non sono «vincolati da mandati e da istruzioni e [sono] soggetti solo alla loro coscienza»; essi sono «nell'esercizio delle loro funzioni non soggetti a vincoli di mandato».

⁵¹ Si riporta di seguito il testo dell'articolo nella formulazione in lingua tedesca: «Art. 38 GG. Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt. Sie sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen».

⁵² Cfr. B. HEINRICH, *Zur Notwendigkeit der Unterscheidung von Amtsträgern und Mandatsträgern bei der Gestaltung der strafrechtlichen Korruptionstatbestände*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, fasc. VI, 2016, p. 391.

figura dell'*Amtsträger* (pubblico ufficiale) che, al contrario, non può in nessun modo accettare o concedere un vantaggio personale per un'azione di servizio o in relazione all'attività di servizio e deve assumere le proprie decisioni, rispettando prescrizioni e regole precise, in modo imparziale e libero da influenze⁵³.

Nella definizione della corruzione degli eletti – lo vedremo – il legislatore tedesco ha quindi significativamente tenuto conto di queste premesse teoriche optando per l'adozione di una fattispecie simile a quella della *corruzione impropria*, in cui viene evitato ogni riferimento al concetto di *atto contrario ai doveri d'ufficio*⁵⁴.

Una soluzione analoga, nel nostro ordinamento, è stata d'altra parte da tempo auspicata da Giuliano Vassalli che – a proposito del caso Felici – ha affermato significativamente che la *corruzione del parlamentare* è una figura di reato «ben strana» e che, «quantomeno rispetto all'iniziativa legislativa, all'attività di controllo o ispettiva, alla presa di posizione su un disegno di legge, al voto, essa sarà sempre una corruzione impropria e mai una corruzione propria»⁵⁵.

⁵³ Cfr. *Ibidem*.

⁵⁴ Cfr. § 108e, Abs. 1 StGB. «(*Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern*). Wer als Mitglied einer Volksvertretung des Bundes oder der Länder einen ungerechtfertigten Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei der Wahrnehmung seines Mandates eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vornehme oder unterlasse, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft».

⁵⁵ G. VASSALLI, *Punti interrogativi sulla estensione della irresponsabilità dei membri del Parlamento*, cit., p. 4304, il quale ha aggiunto inoltre che «una tale anomalia meriterebbe uno studio, oltre che un più penetrante confronto della definizione del pubblico ufficiale, data nell'art. 357 c.p., con il sistema costituzionale». Analogamente si veda R. MORETTI, *Sui limiti delle immunità parlamentari*, cit., p. 776, nota n. 71, il quale – in un paragone con l'analoga disposizione tedesca – afferma: «Ai fini di stabilire la contrarietà dell'atto ai doveri d'ufficio non viene in rilievo, a differenza di quanto accade per il corrispondente reato previsto dal codice germanico, il fatto che il pubblico ufficiale si avvicina alla decisione con una remora interiore, costituita dall'accettazione del vantaggio indebito che ne compromette l'imparzialità, ma rileva esclusivamente l'illegittimità dell'atto. Il comportamento di costoro non può dirsi illegittimo, perché non pare che, se le proposte sostenute dai due deputati fossero state effettivamente recepite nella legge interpretativa, le stesse sarebbero state bastevoli per provocare l'illegittimità di quest'ultima». Nello stesso senso anche A. CERRI, *Dubbi sugli attuali indirizzi in materia di immunità per voti dati ed opinioni espresse - spunti ricostruttivi*, in *Giur. cost.*, 1985, p. 495 ss., il quale afferma che: «Occorrerebbe disegnare figure di reato autonome per il parlamentare ed il consigliere regionale che non svolgono correttamente le loro funzioni, valutando se ed in quali limiti a questo livello il compromesso ed il negoziato con i gruppi di pressione possa essere lecito. Ma le fattispecie criminose non possono essere identiche a quelle previste per il pubblico amministratore e per il giudice».

3.4. *La problematica compatibilità con la nozione di “atto contrario ai doveri d’ufficio” della insindacabilità del parlamentare (e del consigliere regionale) per i voti dati e le opinioni espresse nell’esercizio delle sue funzioni (artt. 68 e 122 Cost.)*

Nei casi di corruzione del parlamentare sopramenzionati si è posta la questione del possibile operare, come esimente, dell’*insindacabilità per le opinioni espresse ed i voti dati nell’esercizio delle funzioni*. Questa prerogativa è notoriamente sancita per i membri delle Camere all’art. 68, comma 1 Cost., ed è estesa ai consiglieri regionali dall’art. 122, comma 4 Cost.⁵⁶. Ci si domanda se la condotta corruttiva del parlamentare (o di un consigliere regionale), con la quale questi accetti di vincolare il libero esercizio del suo diritto di voto o comunque di farne oggetto di mercimonio per fini di lucro personale o non esclusivamente politici, possa dirsi “coperta” dall’immunità accordata da tale disposizione⁵⁷.

La risposta a tale quesito è più difficile di quel che potrebbe sembrare. Nei casi in precedenza considerati⁵⁸, infatti, l’autorità giudiziaria si è trovata a sindacare non l’attività tipica parlamentare, ma gli atti e i comportamenti che l’hanno preceduta. Nelle ipotesi di *corruzione antecedente* – come nel caso Berlusconi-De Gregorio – la consumazione del reato avviene già nel momento dell’accettazione della promessa di pagamento, non essendo necessario quindi l’effettivo e concreto esercizio delle funzioni parlamentari⁵⁹. Si tratta allora di verificare se debbano essere sottratti al sindacato giurisdizionale anche quegli atti che sono inscindibilmente collegati e strumentali all’attività tipica, tanto da costituirne l’antecedente o un momento di formazione o addirittura la motivazione, o anche quelli successivi e conseguenti agli atti funzionali e che si trovino con questi nello stesso rapporto di inscindibilità⁶⁰. È questo – come autorevolmente sostenuto – un problema delicatissimo, che attiene alle ragioni che

⁵⁶ Riportiamo i testi di entrambe le disposizioni costituzionali. Art. 68, comma 1 Cost.: «I membri del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell’esercizio delle loro funzioni». Art. 122, comma 4 Cost.: «I consiglieri regionali non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell’esercizio delle loro funzioni». La formulazione dell’art. 68, comma 1 è stata modificata dalla l. costituzionale 6 agosto 1993, n. 1. Il testo originario del comma disponeva: «I membri del Parlamento non possono essere perseguiti per le opinioni espresse ed i voti dati nell’esercizio delle loro funzioni».

⁵⁷ Cfr. Trib. Napoli, sez. I, 8 luglio 2015, n. 11917, in *Dir. pen. cont.*, cit.

⁵⁸ Cfr. *supra* par. 3.1 e 3.2.

⁵⁹ Cfr. G. VASSALLI, *Comunicazione del presidente della Giunta per le autorizzazioni a procedere*, cit., p. 3.

⁶⁰ Cfr. *Ivi*, p. 4.

determinano la volontà del deputato all'origine degli atti parlamentari tipici⁶¹. Ci si chiede allora se sia ammissibile un controllo esterno sulle ragioni, o se un simile sindacato non sconfini necessariamente in un'indebita ingerenza del giudice nella valutazione degli interessi che muovono i deputati e i senatori; interessi che, spesso e del tutto legittimamente, sono politici, personali o comunque di parte⁶².

Le posizioni in dottrina sul punto sono state storicamente molto differenti⁶³. Secondo una prima opinione – più estensiva nell'interpretare la portata della garanzia in esame – anche gli atti non strettamente funzionali dovrebbero essere “coperti” dall'insindacabilità. In quest'ottica tale prerogativa andrebbe letta in correlazione con l'art. 67 Cost., coprendo così ogni atto politico che il “rappresentante della Nazione” svolge per poter ottemperare ai propri compiti rappresentativi⁶⁴. Diversamente, infatti, si affermerebbe la legittimità del sindacato giurisdizionale sull'attività politica del parlamentare ed, in particolare, «sul processo di formazione della sua volontà, sulle motivazioni che lo hanno indotto, o hanno concorso ad indurlo, ad esercitare in un determinato modo e per il conseguimento di uno specifico fine le proprie funzioni tipiche (...)». Conclusione inaccettabile, che andrebbe a vanificare del tutto la prerogativa costituzionale dell'insindacabilità⁶⁵.

Una tesi intermedia ha invece sostenuto che l'irresponsabilità può coprire qualsiasi attività preparatoria che della funzione parlamentare tipica costituisca motivazione o premessa, pur indiretta e lontana, purché questa sia sempre *riconducibile al quadro costituzionale*; ovvero ai contenuti che il programma politico della Costituzione, nella sua dinamica articolazione, tende a sollecitare e a realizzare. Tanto che non sussisterebbe alcun dubbio circa la negazione di qualsiasi tutela costituzionale all'accettazione di denaro o di altri beni materiali che intervengono a condizionare il

⁶¹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari*, cit., p. 68.

⁶² Cfr. *Ibidem*.

⁶³ Per una sintesi dei diversi orientamenti cfr. P. PERLINGIERI, M. PARRELLA, sub *art. 68*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Commento alla Costituzione italiana*, II ed., Napoli, 2001, p. 440 ss.

⁶⁴ Cfr. E. CAPALOZZA, *L'immunità parlamentare e l'art. 68, primo comma, della Costituzione*, in *Scritti giuridico-penali (1932-1962)*, Padova, 1962, p. 319 ss., in cui vengono elencate una serie di ragioni a supporto della tesi secondo cui il concetto di “esercizio delle funzioni parlamentari” si estende al di là dei lavori del Parlamento. Secondo l'Autore, non si tratta di ripristinare uno di quei privilegi personali o di classe, ma di dare efficacia e corpo ad una prerogativa, che è motivata da un pubblico interesse e che è riconosciuta per garantire l'esercizio autonomo e decoroso di una preminente funzione di diritto pubblico.

⁶⁵ Cfr. G. VASSALLI, *Comunicazione del presidente della Giunta per le autorizzazioni a procedere*, cit., p. 4.

compimento di un atto parlamentare tipico⁶⁶. In altre parole, dovendo la funzione parlamentare svolgersi in modo libero e indipendente, sarebbero ritenuti non coperti dalla garanzia dell'insindacabilità tutti quegli atti, antecedenti o successivi a quelli tipici, che non possono dirsi caratterizzati da tale libertà ed indipendenza⁶⁷.

Un'ultima opinione – sostenuta dal Tribunale di Napoli nella sentenza Berlusconi-De Gregorio⁶⁸ – afferma in senso maggiormente restrittivo che l'inerenza all'esercizio delle funzioni richiesta dalla norma costituzionale sussista esclusivamente in caso di compimento degli atti tipici del mandato parlamentare (presentazione di interrogazioni, interpellanze, mozioni, emendamenti, ordini del giorno, progetti di legge, relazioni, partecipazione a dibattiti e votazioni, ecc.) svolti nella sede parlamentare e solo eccezionalmente al di fuori⁶⁹. Ne discende, in questa prospettiva, che devono quindi considerarsi perseguibili anche quei fatti che, *pur collegati con un atto costituente esplicazione della funzione parlamentare, costituiscono autonomamente reato*⁷⁰.

È questa – invero – la tesi su cui si è attestato da ultimo lo stesso Vassalli, riformulando i termini di una precedente presa di posizione di cui abbiamo già dato conto⁷¹. Secondo l'illustre penalista non si può estendere l'irresponsabilità *ex art. 68*, comma 1 Cost. sino ad abbracciare atti diversi dall'atto funzionale vero e proprio (ad esempio l'accettazione della promessa di una somma di denaro quale corrispettivo della presentazione di un particolare disegno di legge). E ciò, con riferimento alla corruzione, perché tale delitto potrebbe consumarsi *prima* del compimento di qualsiasi attività funzionale: un legame soltanto ipotetico con un atto parlamentare non può essere sufficiente ad escludere la punibilità di un fatto commesso fuori dal Parlamento e inquadrabile tra quelli contrari alla legge penale⁷².

La nostra ipotesi di lavoro non è quella di invocare l'art. 68, comma 1 Cost. per giustificare l'irresponsabilità penale del parlamentare (o del consigliere regionale) in

⁶⁶ Cfr. BENEDETTI, *Relazione della Giunta per le autorizzazioni a procedere*, cit., p. 8.

⁶⁷ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari*, cit., p. 74 ss., in cui l'Autore sottolinea, tuttavia, la difficoltà di discernere la linea distintiva tra ciò che è mercimonio di atti parlamentari in cambio di voti o di denaro e la ricerca di consensi in via politica; in questi casi infatti i rapporti sono sfumati ed impliciti «assai più che formalizzati e formalizzabili in atti esterni idonei a fornire prove inconfutabili».

⁶⁸ Cfr. *supra* par. 3.1.

⁶⁹ Cfr. S. TRAVERSA, *Immunità parlamentare*, in *Enc. giur.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 184 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, p. 492.

⁷⁰ Cfr. G. LONG, *sub art. 68*, cit., p. 203.

⁷¹ Cfr. *supra* par. 3.2.

⁷² Cfr. G. VASSALLI, *Punti interrogativi sulla estensione della irresponsabilità dei membri del Parlamento*, cit. p. 4304.

relazione a *qualsiasi comportamento corruttivo* che sia inscindibilmente *collegato ad un atto tipico della funzione legislativa* (presentazione di interrogazioni, interpellanze, mozioni, emendamenti, ordini del giorno, progetti di legge, il voto nel *plenum* o in commissione o l'intervento nelle discussioni). Ci sembra invece sostenibile in modo più persuasivo la non configurabilità della fattispecie di *corruzione propria* ex art. 319 cod. pen. con riferimento a quei soggetti pubblici che esercitano la *funzione legislativa*. E ciò – come mostreremo tra breve – proprio in ragione della presenza per il parlamentare (e per il consigliere regionale) dell'istituto dell'*insindacabilità* delle opinioni espresse e dei voti dati (art. 68, comma 1 Cost.) e a partire dalla sua qualificazione come *causa di giustificazione*.

3.4.1. *L'insindacabilità delle opinioni e dei voti come causa di giustificazione: conseguenze che ne derivano sul giudizio di legittimità degli atti del parlamentare*

Nel tentativo di una sistematizzazione penalistica delle diverse forme di immunità previste dal nostro ordinamento, la dottrina ha sperimentato nel tempo una molteplicità di soluzioni⁷³. La tesi che ha avuto maggior seguito, con riferimento specificatamente all'*insindacabilità parlamentare*, è quella che riconduce l'istituto alla categoria delle *cause di giustificazione*⁷⁴. Si tratta, in altre parole, di una prerogativa ad efficacia generale che impedisce lo stesso sorgere dell'*antigiuridicità* del fatto e che riproduce, nell'ambito delle funzioni parlamentari, la scriminante dell'*esercizio di un diritto o adempimento di un dovere* ex art. 51 cod. pen.

Rispetto a quest'ultima causa di giustificazione l'*insindacabilità parlamentare* si distingue, tuttavia, per una fondamentale caratteristica. Mentre nel caso dell'art. 51 cod.

⁷³ Cfr. per un inquadramento generale del problema A. GULLO, *Le immunità come limite alla tutela penale? Una riflessione sull'insindacabilità nel quadro della sistematica del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 178 ss.

⁷⁴ Cfr. A. PAGLIARO, *Immunità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 221, il quale accomuna la posizione del parlamentare a quella del Presidente della Repubblica – per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, tranne che per alto tradimento e attentato alla Costituzione – dei giudici costituzionali e dei consiglieri regionali. Nello stesso senso N. ZANON, *Parlamentare (status di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, tomo X, Torino, 1995, p. 627; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V ed., Milano, 2015, p. 153; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, p. 150; M. ROMANO, sub art. 3, in *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, p. 90-91; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Torino, 2012, p. 69.

pen. è il giudice che deve accertare, caso per caso, la conformità dell'attività eventualmente scriminata ad un modello prefissato di corretto esercizio di un diritto o adempimento di un dovere, la prerogativa dell'art. 68, comma 1 Cost. – in ragione della sua specificità ed autonomia – impedisce all'autorità giudiziaria qualsiasi valutazione nel merito, dovendosi quest'ultima limitare esclusivamente all'accertamento circa la riconducibilità dell'atto del parlamentare all'esercizio della funzione: ovvero alle opinioni espresse o ai voti dati⁷⁵. Se, al contrario, la Costituzione non comprendesse la garanzia dell'art. 68, comma 1, ai parlamentari sarebbe comunque applicabile l'esimente dell'esercizio di un diritto o adempimento di un dovere ma – come è stato osservato – «i limiti di questo diritto sarebbero soggetti ad una penetrante analisi del giudice, cioè di un altro potere dello Stato. Ed è proprio questo che la Carta costituzionale ha inteso evitare⁷⁶».

Da queste considerazioni riteniamo si possa dedurre l'impossibilità di configurare la *corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio* in connessione alle *funzioni parlamentari*. Per delineare un tale reato – *rectius*, per riscontrare la presenza del requisito dell'atto contrario ai doveri d'ufficio – occorrerebbe infatti sindacare le motivazioni e le modalità di esercizio di tali funzioni, svuotando completamente di significato la prerogativa costituzionale, che sancisce *l'assoluta insindacabilità degli atti della funzione parlamentare* (tutti sussumibili nella locuzione “opinioni espresse e voti dati”)⁷⁷. Ne discende che l'immunità di cui all'art. 68, comma 1 Cost. fa sì che i deputati, se accettano denaro o altra utilità per esprimere un'opinione o dare un voto nell'esercizio delle loro funzioni, possono essere chiamati a rispondere soltanto di *corruzione per atto di ufficio*, e non di *corruzione per atto contrario ai doveri*⁷⁸. In altre parole, tale immunità esclude – ed è pacifico – la responsabilità penale che può insorgere dalla sola espressione di un'opinione (ad es. per il reato di diffamazione) o di

⁷⁵ Cfr. G. LONG, sub art. 68, cit., p. 192-193; N. ZANON, *Parlamentare (status di)*, cit., p. 625.

⁷⁶ G. LONG, sub art. 68, cit., p. 193.

⁷⁷ Cfr. *Ivi*, p. 203. L'Autore annovera tra i reati di impossibile configurazione anche l'interesse privato in atti di ufficio ex art. 324 c.p. (abrogato dall'art. 20, l. 26 aprile 1990, n. 86) e l'abuso d'ufficio ex art. 323 c.p. Nello stesso senso anche F. CAMPAGNA, *Illecito penale ed insindacabilità parlamentare*, Napoli, 2012, p. 171, il quale afferma: «Sembra da condividere l'assunto secondo il quale le opinioni ed i voti espressi dai parlamentari, essendo insindacabili, non devono mai considerarsi contrari ai doveri di ufficio, onde l'impossibilità di ipotizzare taluni specifici delitti, quali la corruzione propria o l'abuso d'ufficio».

⁷⁸ Cfr. A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 227-228.

un voto; mentre, quando queste prese di posizione sono oggetto di un accordo illecito, *degrada in ogni caso la corruzione da propria a impropria*⁷⁹.

Si tratta – con le parole di Gustavo Zagrebelsky – del «prezzo da pagare affinché la funzione parlamentare sia sottratta ad indebite ingerenze esterne»⁸⁰. In alcun modo, infatti, può essere consentita l'intromissione dei giudici nella valutazione delle ragioni che muovono il deputato o il senatore nel compimento dei singoli atti del proprio ufficio⁸¹.

L'inadeguatezza della fattispecie di *corruzione propria* a descrivere le condotte corruttive dei parlamentari (e dei consiglieri regionali)⁸² – a causa dell'impossibilità di qualificare i loro atti funzionali come *contrari ai doveri di ufficio* – si può quindi argomentare già dalla prerogativa dell'*insindacabilità* dell'art. 68 Cost., che impedisce all'autorità giudiziaria qualsiasi valutazione nel merito sulle motivazioni che hanno condotto all'adozione degli atti insindacabili e sulla relativa legittimità.

4. La problematica configurabilità della corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 cod. pen.) nei confronti dei soggetti pubblici che svolgono la funzione di indirizzo politico

Dopo aver dato conto della problematica riconducibilità nella *corruzione propria* delle condotte corruttive di chi svolge la *funzione legislativa*, si tratta ora di considerare la questione con riferimento ai soggetti che svolgono la c.d. *funzione di indirizzo politico*. Ci riferiamo, con questa espressione, a quegli agenti pubblici che – posti al vertice dell'ente d'appartenenza, in virtù di un'investitura politico/elettiva – detengono il potere di definire gli obiettivi dell'ente e i relativi programmi d'azione, oltre a quello di verificare la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti (ministri, presidenti di Regione, sindaci, assessori regionali o comunali e consiglieri comunali)⁸³. Lo strumento tramite il quale pervenire al risultato di escludere anche nei confronti di tali soggetti la compatibilità della *corruzione*

⁷⁹ Cfr. *Ivi*, p. 220, nota n. 104.

⁸⁰ G. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari*, cit., p. 72.

⁸¹ Cfr. *Ivi*, p. 76.

⁸² Per quanto riguarda la mancanza di un mandato imperativo per i consiglieri regionali si veda *supra* la nota n. 40.

⁸³ Cfr. *supra* cap. I, par. 2.2.1.

propria, lo costateremo, non sarà più l'esame delle prerogative che la Carta costituzionale riserva all'esercizio della funzione; ma lo studio – a cavallo tra il diritto penale e il diritto pubblico – del *ruolo e dei limiti del giudice penale nello scrutinio degli atti della pubblica amministrazione*. Come vedremo tra breve, infatti, all'autorità giurisdizionale non è consentito un controllo, senza limiti, *nel merito* degli atti amministrativi, ai quali sembrerebbe quindi riservato uno spazio immune da controlli e censure⁸⁴.

Prima di proseguire in questa direzione è però indispensabile soffermarci – per quel che l'economia di questo lavoro consente – su alcune categorie chiave del diritto amministrativo, come quella di *discrezionalità dell'amministrazione* e di *merito amministrativo*, per poi verificare più consciamente l'ipotesi che ci siamo dati.

4.1. La discrezionalità dell'amministrazione

Il concetto di *discrezionalità amministrativa* è in origine nato per indicare quegli atti dell'amministrazione che, in diretta applicazione del *principio della separazione dei poteri dello Stato*, erano sottratti al sindacato giurisdizionale. Con l'entrata in vigore della Costituzione – che ha introdotto il diritto di azionabilità delle pretese del cittadino nei confronti dell'amministrazione (art. 113 Cost.) – è ora sempre ammesso il controllo giurisdizionale sul corretto perseguimento dell'interesse pubblico da parte della p.a.⁸⁵, così che il concetto di *discrezionalità dell'amministrazione* ha assunto necessariamente un'altra valenza.

La discrezionalità amministrativa consiste nel potere, conferito all'agente pubblico, di scegliere una tra più soluzioni conformi al dato normativo⁸⁶. Il potere di scelta non è tuttavia completamente autonomo: pur negli spazi lasciati aperti dalla relativa disciplina, esso è *vincolato* infatti *al fine rappresentato dall'interesse pubblico fissato*

⁸⁴ Cfr. *amplius infra* par. 4.4.

⁸⁵ Cfr. B. G. MATTARELLA, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, IV ed., Milano, 2012, p. 263 ss.

⁸⁶ Cfr. L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo. Parte generale*, IV ed., Bologna, 2005, p. 770 ss.

dalla legge⁸⁷. Decisivo risulta dunque individuare il fine, ovvero l'interesse pubblico che attraverso l'esercizio del potere deve essere perseguito⁸⁸.

Il più autorevole studioso della discrezionalità amministrativa ha definito questo concetto come un *apprezzamento politico* che consiste in una «comparazione qualitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie»⁸⁹. La distribuzione della cura degli interessi tra i vari organi dell'amministrazione – ovvero il fatto che ciascun interesse sia attribuito a un organo o a un gruppo di organi – non impedisce, tuttavia, che questo sia comunque considerato congiuntamente ad altri, in quanto «un determinato interesse pubblico non esiste mai isolato nel mondo sociale»⁹⁰. Ne discende che accanto all'interesse che una certa autorità ha in cura – denominato *interesse essenziale* – ne sussistono altri, *secondari*, che con questo concorrono. Ciò che compete alla *funzione della discrezionalità* è allora la *ponderazione* ovvero l'*apprezzamento* del valore dell'interesse pubblico nei confronti di altri interessi specifici⁹¹. L'identificazione in concreto dell'interesse da perseguire – quello che viene denominato *interesse pubblico concreto* – sarà quindi il risultato di questa operazione di bilanciamento, che può riguardare, come ribadito da tutta la manualistica, l'*an* (se adottare o meno un atto), il *quando* (quando adottarlo), il *quomodo* (le modalità con cui adottarlo) o il *quid* (il suo contenuto)⁹².

Questo apprezzamento degli interessi non può tuttavia essere condotto in modo arbitrario, ma deve avvenire *secondo criteri di ragionevolezza*. O meglio secondo quei principi (proporzionalità, coerenza, affidamento, logica, ecc.) la cui violazione comporta, come dicevamo in avvio, il vizio dell'atto per *eccesso di potere*.

⁸⁷ Positivizza questo principio l'art. 1, comma 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241, il quale afferma: «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario».

⁸⁸ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, cit., p. 282-283.

⁸⁹ M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 74.

⁹⁰ *Ivi*, p. 77.

⁹¹ Cfr. *Ivi*, p. 78-79.

⁹² Cfr. anche F. G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1071, il quale sottolinea come «le scelte discrezionali potendo vertere sui presupposti, sulle procedure, sui contenuti e perfino sulla forma giuridica degli atti dell'amministrazione, possono idealmente dividersi in due operazioni fondamentali: la determinazione dell'interesse pubblico concreto da curare, l'individuazione del modo migliore di curarlo. Si ha cioè, in primo luogo, la concretizzazione del fine da raggiungere, e, in secondo luogo, la determinazione dei mezzi giuridici per raggiungerlo».

Non ci è consentito in questa sede ricostruire in modo adeguato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha tentato di definire – a partire dagli inizi del secolo scorso – la categoria dell'*eccesso di potere*. Ai nostri fini è sufficiente segnalare come la giurisprudenza del Consiglio di Stato abbia elaborato negli anni il concetto della c.d. *figura sintomatica dell'eccesso di potere*. In altre parole, si tratta di quei sintomi che – se riscontrati – lasciano presumere la sussistenza del vizio in questione, salvo che l'amministrazione non provi il contrario. Tra tali *sintomi*, idonei a determinare l'illegittimità dell'atto, sono stati quindi ricompresi la *disparità di trattamento*, la *manifesta ingiustizia*, la *contraddittorietà con precedenti provvedimenti*, il *travisamento dei fatti*, l'*omesso o insufficiente accertamento o omessa o insufficiente istruttoria*, l'*illogicità manifesta*, l'*omessa valutazione comparativa degli interessi in gioco*, il *vizio di motivazione* e la *violazione del principio di proporzionalità*⁹³.

La scelta nella quale si estrinseca il potere discrezionale è quindi libera e vincolata allo stesso tempo. È una scelta – in quanto non strettamente dettata da prescrizioni di legge – ma è, invero, legata nel fine, che è imposto e non può essere autonomamente determinato. È inoltre limitata da un'esigenza complessiva di *ragionevolezza* nell'individuazione del fine medesimo, dei modi e dei termini di soddisfazione del relativo interesse pubblico⁹⁴.

Una ulteriore complessità consiste poi nel fatto che è difficile considerare il potere discrezionale come un'entità unitaria. Al contrario – nell'ambito delle attività riservate in concreto all'amministrazione – sono presenti diversi *tassi di discrezionalità*, ovvero diverse gradazioni del potere esercitabile dalla p.a. Si passa così da manifestazioni dell'azione amministrativa dove la discrezionalità è assai ampia, a manifestazioni nelle quali essa è estremamente limitata sin quasi a scomparire⁹⁵.

Una delle questioni più dibattute che la discrezionalità implica, e che invero risulta particolarmente interessante per gli scopi del nostro lavoro, è quella dei limiti della

⁹³ In questo senso si veda G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 198.

⁹⁴ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, cit., p. 289. Allo stesso modo V. OTTAVIANO, *Merito (diritto amministrativo)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. X, Torino, 1964, p. 577, il quale afferma che nella discrezionalità possono coesistere il vincolo e una certa libertà. «L'attività discrezionale è vincolata in quanto compiuta nell'adempimento del dovere di curare un determinato interesse pubblico, mediante l'applicazione dei principi direttivi; ed è libera in quanto importa una facoltà di valutazione da parte dell'organo per stabilire che cosa richiede la particolare situazione a cui esso deve provvedere, alla stregua dei principi a cui l'amministrazione deve ispirarsi».

⁹⁵ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, cit. p. 292.

discrezionalità conoscibili attraverso il giudizio di legittimità⁹⁶. Ci si domanda, in altre parole, fino a che punto l'autorità giurisdizionale amministrativa possa sindacare una scelta adottata nell'esercizio di un potere discrezionale. Per rispondere a questo interrogativo è allora necessario approfondire il concetto di *merito amministrativo* e il suo rapporto con la nozione di *potere discrezionale* appena illustrata.

4.2. Il rapporto tra discrezionalità e merito

Il concetto di *merito amministrativo* è ricompreso tra quelli che maggiormente hanno occupato la dottrina e la giurisprudenza amministrativa, tanto da essere tuttora al centro di un dibattito in cui si fronteggiano orientamenti di segno opposto⁹⁷.

In un primo momento la nozione di *merito* è stata accostata a quella di *discrezionalità amministrativa*, al punto da essere considerata con quest'ultima coincidente. Giannini significativamente affermava infatti che il *merito* consiste, non solo nella ponderazione dell'interesse essenziale in ordine agli interessi secondari, ma anche nella ricerca, selezione e valutazione dei singoli interessi, equiparando di fatto i due concetti⁹⁸. Il potere discrezionale si risolveva quindi in scelte di merito che non potevano essere sottoposte al vaglio del giudice. Un'opzione di questo tipo era d'altra parte resa possibile da una concezione della *discrezionalità* molto più libera da vincoli rispetto a quella oggi accolta. Non si era infatti ancora assistito al proliferare di quella giurisprudenza che – per mezzo dell'allargamento dei contenuti del vizio dell'*eccesso di potere* – avrebbe successivamente legittimato, nell'ambito del sindacato di legittimità, il vaglio del giudice sull'atto anche con riferimento a parametri di principio quali l'*imparzialità*, la *ragionevolezza*, la *proporzione*, la *coerenza*, lo *sviamento dalla funzione*⁹⁹.

All'esito di questa evoluzione, secondo la tesi ad oggi maggioritaria, il *merito amministrativo* corrisponde invece a quell'ambito delle scelte dell'amministrazione rimasto libero dopo l'osservanza di tutti i principi ed il rispetto di tutti i limiti che

⁹⁶ Cfr. C. MORTATI, *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941, II, p. 4.

⁹⁷ Cfr. per una panoramica sull'evoluzione che ha subito questo concetto nel corso degli anni A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir. amm.*, fasc. III, 2008, p. 517 ss.

⁹⁸ M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e diritto*, 1941, p. 443-444.

⁹⁹ Cfr. *supra* par. 4.1.

vincolano l'esercizio della discrezionalità¹⁰⁰. Ciò che rientra all'interno di questo ambito di libertà è quindi escluso dal sindacato *giurisdizionale esterno* a cui tutta l'attività amministrativa è sottoposta¹⁰¹.

Bisogna domandarsi ora se questa esclusione valga – e in che termini – anche per il giudice penale. Capire fino a che punto quest'ultima autorità possa sindacare le scelte dell'amministrazione non è tuttavia compito agevole. Ci si deve chiedere, in altre parole, se esista un limite all'esercizio della funzione giurisdizionale penale nei confronti dell'attività amministrativa che – se superato – rischia di minacciare l'autonomia d'azione dei pubblici poteri.

Questo problema – che ha oltretutto significative implicazioni costituzionali – è ancor oggi fortemente dibattuto e trova la sua massima espressione nella norma dell'*abuso di ufficio* ex art. 323 cod. pen. L'essenza stessa di questa incriminazione legittima un controllo del giudice penale sull'esercizio dell'attività discrezionale dell'amministrazione, divenendo così la figura chiave nei rapporti tra giurisdizione penale e p.a. Nell'*abuso di ufficio*, dopo la riforma del 1997, il giudice penale è infatti chiamato ad occuparsi della *difformità dell'atto alle norme di legge o di regolamento*. E ciò perché la condotta descritta dalla fattispecie incriminatrice non è configurabile se non in presenza di un *atto viziato*, «tanto che il giudice non sarebbe in grado di accertare se storicamente il fatto tipico si è realizzato o meno senza porre in essere questo vaglio»¹⁰².

Soffermiamoci dunque su questa figura di reato, nell'ottica della verifica dell'ipotesi di lavoro che ci siamo dati. Quel che si vuole mostrare, lo ribadiamo, è che le regole che presiedono al vaglio degli atti amministrativi da parte del giudice penale rendono problematica la riconducibilità alla *corruzione propria* ex art. 319 cod. pen. delle condotte dei soggetti che svolgono la *funzione di indirizzo politico*. Riferendoci con questa espressione agli agenti pubblici che – posti al vertice dell'ente d'appartenenza, in virtù di un'investitura politico/elettiva – hanno il potere di porre gli obiettivi dell'ente

¹⁰⁰ Cfr. L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, cit., p. 779.

¹⁰¹ Per esempio, la collocazione di un impianto pubblico in questo o quel sito del territorio comunale, tutti idonei per non avere controindicazioni di carattere ambientale e per non porre problemi di espropriazione ai privati o di circolazione stradale, è questione di merito esclusa dalla cognizione del giudice amministrativo.

¹⁰² G. CONTENUTO, *Il sindacato del giudice penale sugli atti e sulle attività della Pubblica Amministrazione*, in A. M. STILE (a cura di), *La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1987, p. 84.

stesso e di definire i programmi da attuare, oltre a quello di verificare la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti (ministri, presidenti di Regione, sindaci, assessori regionali e comunali e consiglieri comunali).

4.3. *L'abuso di ufficio come paradigma del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa*

L'art. 323, comma 1 cod. pen. punisce: «salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di *norme di legge o di regolamento*, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto». La fattispecie è stata notoriamente così riformulata nel 1997¹⁰³ con l'intento, da un lato, di ovviare all'indeterminatezza della figura previgente¹⁰⁴, e dall'altro, – lo si legge chiaramente nei lavori parlamentari – di limitare il più possibile la facoltà del giudice penale di introdursi con il suo sindacato nei settori riservati istituzionalmente all'attività discrezionale della pubblica amministrazione¹⁰⁵.

Espunta dalla descrizione della condotta la formula ambigua “*abusa dell'ufficio*”, su cui era incardinata la figura precedente, la condotta delineata nell'art. 323 cod. pen. consiste oggi nel compimento di un'azione, inerente alla funzione o al servizio svolto, posta in essere in violazione di precisi doveri stabiliti da leggi o regolamenti¹⁰⁶.

Prima della riforma del 1997, l'indeterminata formulazione della norma incriminatrice che puniva l'*abuso dell'ufficio* con il fine di procurare a sé o ad altri un

¹⁰³ Comma così sostituito dall'art. 1, legge 16 luglio 1997, n. 234.

¹⁰⁴ La formulazione previgente, introdotta dall'art. 13, legge 26 aprile 1990, n. 86, era la seguente: «Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, *abusa del suo ufficio*, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni. – Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni». Il testo originario così disponeva: «Abuso di ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge. Il pubblico ufficiale, che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, è punito con la reclusione».

¹⁰⁵ Cfr. C. BENUSSI, sub *art.* 323, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, cit., p. 465.

¹⁰⁶ Oltre che nell'inosservanza di obblighi di astensione tipicizzati dalla stessa fattispecie penale o da altre fonti normative.

ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto – consentiva al giudice di interpretare il concetto di ‘condotta abusiva’ in modo particolarmente ampio, ricomprendendovi qualsiasi caso di utilizzo deviato del potere discrezionale per scopi diversi da quelli imposti dalla funzione attribuita all’agente pubblico o all’organo. In sostanza l’*abuso* veniva per lo più ravvisato in qualsiasi forma di strumentalizzazione dell’ufficio per finalità non consentite: ovvero in uno sviamento di potere dalla causa tipica per il quale il potere stesso era stato attribuito. In questo modo il reato *de quo* finiva con il coincidere pressoché interamente col *vizio di eccesso o sviamento di potere*¹⁰⁷. Così facendo si dava adito al giudice di trascendere il piano della sola “legalità formale” e di vagliare anche la bontà intrinseca dell’atto, dal duplice punto di vista della conformità ai requisiti stabiliti dalla legge a al suo scopo tipico¹⁰⁸.

La riforma del ’97 ha allora rappresentato il tentativo di porre un freno a questa tendenza espansiva, attraverso l’ancoraggio della condotta tipica alla *violazione di norme di legge o di regolamento* (o all’omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto). Questa formula era considerata maggiormente in grado di salvaguardare il valore della certezza giuridica e, di conseguenza, di impedire al giudice indebite intrusioni nel *merito* delle scelte dell’amministrazione per mezzo del “malleabile” vizio dell’*eccesso di potere*.

La giurisprudenza di legittimità immediatamente successiva alla riforma lasciava credere che lo scopo della novella legislativa fosse stato in qualche modo raggiunto. I primi arresti della S.C. avevano infatti sancito che a seguito della nuova formulazione dell’art. 323 cod. pen. il reato in questione non potesse configurarsi se non in presenza di *violazione di norma di legge o di regolamento* (ovvero di una omissione del dovere di astenersi ricorrendo un interesse proprio dell’agente o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti). E ciò perché «è stata espunta dall’area della rilevanza penale ogni ipotesi di abuso di poteri o di funzioni non concretantesi nella formale violazione di norme legislative o regolamentari o del dovere di astensione»; tanto che, si concludeva, «non è più consentito al giudice penale entrare nell’ambito della discrezionalità

¹⁰⁷ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 251. In giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. VI, 13 luglio 1994, n. 11379, in *CED*, rv. 199372, Cass. pen., sez. V, 27 maggio 1993, n. 7764, Talarico, in *CED*, rv. 194872.

¹⁰⁸ Così A. MERLI, *Il controllo di legalità dell’azione amministrativa e l’abuso d’ufficio*, in *Dir. pen. cont.*, 16 novembre 2012, p. 13.

amministrativa, che il legislatore ha ritenuto, anche per esigenze di certezza del precetto penale, di sottrarre a tale sindacato»¹⁰⁹.

Altre pronunce si erano invece occupate di definire più precisamente la nozione di *violazione di norme di legge o di regolamento*. Così si era affermato che, da un lato è necessario che «la norma violata non sia genericamente strumentale alla regolarità dell'attività amministrativa, ma vieti puntualmente il comportamento sostanziale del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio». Dall'altro si richiede che «l'agente violi leggi e regolamenti che di questi atti abbiano i caratteri formali ed il regime giuridico, non essendo sufficiente un qualunque contenuto materialmente normativo della disposizione trasgredita»¹¹⁰.

Da ultimo si era altresì precisato che la sola inosservanza di norme di principio o genericamente strumentali alla regolarità dell'azione amministrativa – come quella contenuta nell'art. 97 Cost. (principio di *imparzialità* e di *buon andamento*) – non era idonea a rendere configurabile la violazione di legge rilevante ai fini dell'integrazione del novellato delitto di abuso d'ufficio¹¹¹.

Queste posizioni avevano quindi trovato conferma nella sentenza della Corte costituzionale n. 447 del 1998 che – chiamata a pronunciarsi sull'illegittimità della nuova formulazione¹¹² – ha sancito inequivocabilmente che la critica al legislatore di avere omesso di sanzionare penalmente determinate condotte, in ipotesi socialmente riprovevoli o dannose, ovvero di avere troppo restrittivamente definito le fattispecie incriminatrici, non può in linea di principio tradursi in una censura di legittimità costituzionale della legge¹¹³.

Nonostante queste prese di posizione, parte della dottrina si era invece da subito dimostrata scettica nei confronti del “nuovo” art. 323 cod. pen. e restia nell'uniformarsi ai primi arresti della Cassazione. Così, in senso critico, all'opinione di chi sosteneva che

¹⁰⁹ Cass. pen., sez. VI, 10 novembre 1997, n. 1163, Marconi, in *CED*, rv. 209774.

¹¹⁰ Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 1997, n. 877, Tosches, in *CED*, rv. 210224.

¹¹¹ Cfr. Cass. pen., sez. VI; 8 maggio 2003, n. 35108, Zardini, in *CED*, rv. 226706: «In tema di abuso d'ufficio, la norma di cui al primo comma dell'art. 97 della Costituzione, secondo la quale i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge in modo da assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, non ha carattere precettivo ed ha valore meramente programmatico, sicché tali principi per il carattere generale che li distingue non sono idonei a costituire oggetto della violazione che può dar luogo alla integrazione del reato previsto dall'art. 323 cod. pen.». Nello stesso senso anche Cass. pen., sez. VI, 11 ottobre 2005, n. 12769, Ippolito, in *CED*, rv. 233730.

¹¹² Che, a detta del giudice *a quo*, permetteva che situazioni di eguale gravità ricevessero diverso trattamento sulla base dell'irrazionale criterio della sussistenza o meno di una violazione di legge.

¹¹³ Cfr. Corte cost., 15 dicembre 1998, n. 447, in www.cortecostituzionale.it.

il realtà il legislatore non aveva affatto voluto precludere al giudice penale la possibilità di sindacare un atto per *eccesso di potere*¹¹⁴, si aggiungeva la tesi di coloro che – pur riconoscendo la volontà legislativa di eliminare il riferimento a tale vizio – continuavano comunque a dubitare della capacità di tipizzazione della nuova formulazione. Quest’ultimi in particolare sottolineavano come, nell’attuale realtà normativa, i principi generali (in particolare quelli di imparzialità e buon andamento) fossero oramai positivizzati in forma di regole precettive e vincolanti nella legge sul procedimento amministrativo, così da potere assumere diretta rilevanza ai fini della configurazione della nuova norma di abuso d’ufficio¹¹⁵.

Secondo altri le critiche dovevano, invece, incentrarsi principalmente sulla portata eccessivamente restrittiva della novella. Se la riforma doveva intendersi nel senso di precludere al giudice penale il sindacato sull’eccesso di potere, la conseguenza sarebbe stata, non solo un’eccessiva restrizione dell’ambito applicativo, ma anche una sua sostanziale abrogazione; e ciò perché l’abuso d’ufficio è ontologicamente legato all’eccesso di potere e dunque alla possibilità di controllo del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa¹¹⁶.

¹¹⁴ Cfr. A. PAGLIARO, *L’antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d’ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, I, p. 106 ss., il quale afferma che «se si guarda con maggiore attenzione ai lavori parlamentari, si può notare che l’obiettivo perseguito in sede parlamentare era quello di bloccare l’intervento del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa, non l’intervento sui vizi di legittimità dell’atto, tra i quali rientra l’eccesso di potere. (...) Se il legislatore storico avesse davvero voluto escludere l’eccesso di potere, avrebbe dovuto menzionare nel testo della legge non solo il vizio della violazione di legge, ma anche quello di incompetenza. (...) I lavori preparatori non indicano, dunque, che la dizione “violazione di norme di legge” voglia alludere alla violazione di legge nel senso tecnico del diritto amministrativo. Solo in tal caso si sarebbe potuto affermare che i lavori preparatori lasciavano intendere la esclusione dell’eccesso di potere». In realtà, la nuova legge sull’abuso di ufficio richiede la violazione di norme di legge o di regolamento, quale che essa sia. Le ulteriori specificazioni sono state aggiunte arbitrariamente dall’interprete. Gli fa eco M. GAMBARDELLA, *Considerazioni sulla violazione di norme di legge nel nuovo delitto di abuso d’ufficio (art. 323 c.p.)*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2335 ss. L’Autore sostiene che va escluso preventivamente che il sintagma *de quo* possa coincidere con il vizio di “violazione di legge” amministrativo. Violazione di legge e violazione di norme di legge sono due concetti che vanno tenuti distinti. Il concetto di “norma” designa il contenuto di senso di un enunciato legislativo, cioè il suo significato che dipende dall’interpretazione. Va inteso in questo senso quindi il riferimento al concetto di “norme di legge” dell’art. 323 cod. pen. Alla luce di questo sia la norma che si ricava da più disposizioni tra loro combinate, sia quella che non ha disposizione, ossia sia implicita o inespressa e si ricavi o per analogia o dall’ordinamento giuridico nel suo complesso, vanno ricomprese. Ed inoltre anche le norme scaturenti dalle fonti che alla legge sono sovraordinate vanno ricomprese nel concetto di norme di legge o di regolamento.

¹¹⁵ Cfr. V. MANES, *Abuso d’ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1999, fasc. VI, p. 393-394. Nello stesso senso anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 253.

¹¹⁶ Cfr. M. GAMBARDELLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale nel delitto di abuso d’ufficio*, in *Cass. pen.*, 2013, fasc. 7-8, p. 2864.

La giurisprudenza più recente – animata dalla finalità di una più incisiva repressione degli abusi all'interno della p.a. – si è quindi allineata a queste posizioni critiche, finendo col riproporre un'interpretazione della norma in tutto e per tutto analoga a quella sussistente nel vigore della precedente formulazione. Così la S.C. – reintroducendo di fatto il controllo sull'*eccesso di potere* – ha ammesso che il vaglio del giudice penale possa riguardare anche il profilo finalistico e che, pertanto, sia da ricondurre alla locuzione “violazione di legge” anche lo *sviamento dal fine*. In altre parole, l'abuso d'ufficio sarebbe configurabile, non solo quando la condotta si ponga in contrasto con una norma di legge o di regolamento, ma anche quando la stessa contraddica lo specifico fine perseguito dalla norma, concretandosi così in uno “svolgimento della funzione o del servizio” che oltrepassa ogni possibile scelta discrezionale attribuita al pubblico ufficiale per realizzare tale fine¹¹⁷. L'espressione “violazione di norme di legge o di regolamento” abbraccia allora – ne dà tra l'altro conferma un recente arresto delle Sezioni Unite¹¹⁸ – anche quelle condotte, che sono sì formalmente legittime, ma tuttavia dirette alla realizzazione di un interesse confliggente con quello per il quale il potere è conferito. D'altro canto, non sono mancate decisioni che hanno attribuito al principio di imparzialità *ex art. 97 Cost.* una valenza prescrittiva – dalla quale ricavare vere e proprie regole di comportamento – deducendone quindi l'idoneità ad integrare il concetto di “violazione di norme di legge” di cui all'art. 323 cod. pen.¹¹⁹.

¹¹⁷ Cfr. Cass. pen., sez. V, 16 giugno 2010, n. 35501, in *DeJure*.

¹¹⁸ Cfr. Cass. pen., sez. un., 29 settembre 2011, n. 155, in *DeJure*, secondo cui: «ai fini della configurabilità del reato di abuso d'ufficio, sussiste il requisito della violazione di legge non solo quando la condotta del pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge poiché lo stesso non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione».

¹¹⁹ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2002, n. 31895, in *CED*, rv. 222569, dove si è attribuito all'art. 97, comma 3 Cost. – secondo cui agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvi i casi previsti dalla legge – valore programmatico per il legislatore, ma immediatamente precettivo per la pubblica amministrazione sotto il profilo della propria organizzazione e quindi si è dedotta la sua idoneità a ricomprenderlo nel concetto di “norma di legge”. Nello stesso senso Cass. pen., sez. VI, 12 febbraio 2011, n. 27453, in *CED*, rv. 250422 dove si legge che «in tema di abuso d'ufficio, il requisito della violazione di norme di legge può essere integrato anche solo dall'inosservanza del principio costituzionale di imparzialità della p.a., per la parte in cui esprime il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi che impone al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione». Cass. pen., sez. II, 10 giugno 2008, n. 35048, in *CED*, rv. 243183.

Questi arresti più recenti della S.C. suscitano tuttavia perplessità. Come si è autorevolmente evidenziato in dottrina ancor prima della riforma del 1997, nell'approcciare il tema del confine del sindacato del giudice penale sugli atti dell'amministrazione si «deve per prima cosa accertare se, oltre una determinata soglia di valutazioni, il giudice non possa procedere perché vi è un'espressa scelta già compiuta a monte, dallo stesso legislatore»¹²⁰. In presenza di questa scelta del legislatore, il giudice non potrebbe allora esercitare il suo sindacato oltre un determinato limite, e ciò – ed è questo il punto che più ci interessa – «non perché gli amministratori in quanto tali godano di uno *status* di privilegio ingiustificato rispetto alla generalità dei cittadini, ma solo perché all'azione della pubblica amministrazione che si svolge, mercé la loro opera, è riservata dalla legge stessa una sfera di autonomia e una libertà di apprezzamento che deve essere immune da censure provenienti da organi e soggetti diversi da quelli istituzionalmente preposti alla specifica funzione del controllo della loro attività»¹²¹.

Se si concorda con quest'ultima opinione, non si può non cogliere nella riforma del '97 un chiaro segnale del legislatore penale nel senso della limitazione del vaglio giurisdizionale alla sola verifica della *violazione di legge o di regolamento*, con conseguente esclusione del controllo sul eventuale vizio di *eccesso di potere*. Una soluzione di questo tipo è quindi indotta dalla semplice necessità del pieno rispetto della *voluntas legis* e del principio di legalità.

Per le stesse ragioni si deve escludere l'art. 97 Cost. dalle *norme di legge* che se violate sono in grado di dare luogo all'integrazione di un *abuso di ufficio*. Il riferimento ad un principio come quello di *imparzialità* – si è autorevolmente sostenuto – «porterebbe alla conseguenza di far rientrare dalla finestra ciò che il legislatore si era sforzato di far uscire dalla porta; si autorizzerebbe il rinvio della norma incriminatrice a parametri che sono caratterizzati da una congenita vaghezza ed elasticità di contenuto, dando così nuovamente vita, in via interpretativa, ad una figura di reato in aperto

¹²⁰ G. CONTENTO, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi, con particolare riferimento agli atti discrezionali*, in *Reati contro la pubblica amministrazione poteri del magistrato e discrezionalità amministrativa*, in *Quad. Csm*, 1991, p. 18-19.

¹²¹ *Ibidem*.

contrasto con il principio di precisione delle norme incriminatrici imposto dalla Costituzione»¹²².

Dall'art. 323 cod. pen. si può ricavare quindi una prima indicazione generale circa la posizione del legislatore penale in tema di sindacato sulla discrezionalità amministrativa. Una posizione prudente che vuole limitare di molto il raggio d'azione del giudice penale quando oggetto del suo vaglio è l'attività dei pubblici agenti. Questa constatazione – anche se non risolutiva ai nostri fini – fa emergere tuttavia un'insofferenza dinnanzi alla sempre più marcata invadenza giudiziale sull'attività amministrativa e sembra indicativa di una precisa scelta di politica criminale.

4.4. I limiti del sindacato del giudice penale sugli atti di indirizzo politico

Occorre ora chiedersi a quali conclusioni conduca quanto detto fin ora, nell'ottica della verifica dell'ipotesi di lavoro che ci siamo dati: ovvero, se si possa affermare l'incompatibilità della *corruzione propria ex art. 319 cod. pen.* – in ragione della problematica qualificazione, da parte dell'autorità giurisdizionale, degli atti funzionali come *atti contrari ai doveri d'ufficio* – anche per i soggetti che svolgono la *funzione di indirizzo politico*. Ossia quei pubblici agenti – ministri, presidenti di Regione, sindaci, assessori regionali e comunali e consiglieri comunali – che sono posti al vertice dell'ente d'appartenenza, in virtù di un'investitura politico/elettiva.

¹²² C. BENUSSI, sub *art. 323*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, cit., p. 501. Nello stesso senso anche G. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso di ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1636 ss., il quale sostiene l'inevitabilità di un'interpretazione conforme alla volontà legislativa ma non manca di sottolineare alcune perplessità suscitate dal nuovo dettato della norma. «Non sembra da biasimare la tendenza ad escludere che la condotta incriminata possa assumere rilevanza in quanto ritenuta in contrasto con norme o disposizioni di principio di portata c.d. generalissima, quale quella desumibile, ad es. dal canone costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione. Nonostante il rango della fonte da cui promana, sarebbe davvero problematico porre una siffatta statuizione a fondamento della struttura e del contenuto di una fattispecie incriminatrice; ed in effetti, i principi costituzionali, per quanto indubbiamente vincolanti rispetto alle fonti gerarchicamente subordinate, non possono tuttavia rivelarsi idonei a fornire il sostrato tipico ad una condotta penalmente rilevante. D'altro canto l'esclusivo riferimento ad una violazione di legge (o di regolamento) sembra destinato, per altro verso, a mettere fuori gioco qualsiasi possibilità di invocare, a fondamento della punibilità, la figura dell'eccesso di potere. Ma non si può nascondere come l'esclusione dell'eccesso di potere sia destinata a decretare l'irrelevanza penale di fenomeni che, nel conteso del precedente richiamo alla condotta di abuso avrebbero potuto (e dovuto) esservi ricondotti. Per vero, l'ostracismo manifestato nei confronti della categoria in questione rischia di risolversi in una definitiva chiusura nei riguardi dei fenomeni di c.d. favoritismo affaristico abilmente celati dietro l'osservanza formale di disposizioni legislative e regolamentari».

Se per un verso è fuori di dubbio che non si possa paragonare l'attività di tali agenti pubblici a quella di chi è investito della *funzione legislativa* – i quali, come abbiamo visto, godono di una sostanziale libertà nell'esercizio del loro mandato – d'altro canto è pur vero, che taluni atti inerenti alla *funzione di indirizzo politico* si caratterizzano per un grado massimo di discrezionalità, in ragione dei “criteri soggettivi” che li ispirano.

A questo proposito, le sentenze di legittimità che analizzeremo tra breve rendono efficacemente l'idea di come alcuni di questi atti – in cui l'amministrazione concretizza opzioni di fondo che sono il precipitato della volontà di privilegiare taluni interessi a scapito di altri – siano difficilmente sussumibili nel concetto di *atto contrario ai doveri dell'ufficio*. E ciò a maggior ragione se – seguendo le indicazioni tratte dallo studio dell'evoluzione normativa dell'*abuso d'ufficio ex art. 323 cod. pen.* – si esclude *l'eccesso di potere* dal novero degli vizi dell'atto amministrativo che possono essere oggetto del sindacato del giudice penale.

Si pensi per esempio ai voti resi all'interno del *consiglio comunale* dai consiglieri. In una pronuncia la S.C. si è trovata ad esaminare il caso del presidente di una partecipata comunale che, per timore che il sindaco in carica lo destituisse dal suo ruolo preferendogli un nuovo presidente, aveva corrisposto somme di denaro ad alcuni consiglieri (sotto forma di compensi per consulenze in realtà mai avvenute), affinché questi rassegnassero le dimissioni, in modo da provocare – con altri dimissionari – lo scioglimento del consiglio comunale e la conseguente caduta del sindaco. Alla domanda se le dimissioni potessero considerarsi o meno *atto contrario ai doveri di ufficio*, la Cassazione ha risposto positivamente. Si legge in motivazione che il comportamento degli amministratori locali deve essere infatti improntato all'imparzialità, e certamente si viola questo dovere se – a fronte della possibilità di adottare più soluzioni, tutte ugualmente legittime – l'agente pubblico operi la sua scelta in modo da assicurare al privato il maggior beneficio, in ragione del compenso promesso o ricevuto¹²³.

Analogo è il caso di un consigliere comunale che la S.C. ha riconosciuto responsabile del delitto di *corruzione propria* perché aveva accettato la promessa di una progressione di carriera presso l'azienda municipalizzata nella quale lavorava, quale corrispettivo del voto favorevole all'adozione di una delibera consigliare che aumentava la cubatura ammissibile in una area urbana di proprietà del corruttore. Anche in questa

¹²³ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 2 luglio 2003, n. 36780, Zabatta, in *CED*, rv. 226803.

occasione la Cassazione ha ribadito che il voto reso in sede di consiglio comunale – qui su una variante urbanistica – ha contenuto discrezionale ma non è assolutamente libero da parametri di riferimento. Così, per determinare se un atto di questo tipo era o meno contrario ai doveri di ufficio, per la S.C. è stato necessario accertare la *violazione delle regole inerenti all'uso del potere discrezionale*, che si verifica quando l'agente pubblico non persegue l'interesse concreto per il quale il potere gli è stato conferito dalla legge. Circostanza che secondo la Corte era ben presente nel caso concreto, in cui si è accertato che la delibera del consigliere aveva trovato il suo fondamento prevalentemente nell'interesse del privato¹²⁴.

In relazione a queste due pronunce emergono tuttavia perplessità analoghe a quelle suscitate dai casi che avevano come oggetto i voti resi nell'assemblea parlamentare¹²⁵. È certamente vero che ai consiglieri comunali non sono riservate le prerogative dell'*immunità per le opinioni espresse ed i voti dati* (art. 68, comma 1 Cost.) e della *libertà di mandato* (art. 67 Cost.), tipiche della funzione parlamentare (e di quella di consigliere regionale). Tuttavia, non si può non sottolineare che anche gli atti posti in essere all'interno del consiglio comunale – organo di rappresentanza direttamente eletto dal popolo, allo stesso modo del Parlamento – non sono sottoposti a vincoli o direttive di funzionari gerarchicamente sovraordinati e che anche in questa sede possono sicuramente giocare un ruolo importante *punti di vista parziali e considerazioni politiche*, connaturate alla natura “elettiva” dell'organo¹²⁶. Anche qui si insinua quindi il problema della qualificazione di tali atti come *contrari ai doveri di ufficio*.

Lo stesso può dirsi per alcune attività che rientrano nelle competenze del sindaco o degli assessori comunali. Anche costoro – legittimati dall'investitura popolare o comunque da un incarico di natura fiduciaria – si trovano a porre in essere atti il cui contenuto può essere il precipitato di una scelta in un certo qual modo “politica”, perché frutto di una valutazione soggettiva degli interessi in gioco, che può financo risentire di giudizi ideologici e della volontà di tutelare determinate priorità a scapito di altre. Soffermiamoci quindi su alcune pronunce della Cassazione che hanno avuto ad oggetto proprio questo genere di atti, per comprendere meglio come avvenga effettivamente il sindacato del giudice penale su di essi.

¹²⁴ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 27 giugno 2013, n. 29789, in *DeJure*.

¹²⁵ Cfr. *supra* par. 3.1 e 3.2.

¹²⁶ Con riferimento alle prese di posizione della Corte suprema tedesca cfr. *supra* cap. I, par. 4.

Per esempio il caso di un sindaco condannato *ex art.* 319 cod. pen. per aver accettato il pagamento della somma di cento mila euro da parte di un imprenditore edile, quale corrispettivo dell'inserimento, nel redigendo regolamento urbanistico, di un terreno di proprietà del corruttore non più come suolo agricolo, ma come area a destinazione produttiva. A tale scopo il sindaco avrebbe dovuto contribuire sfruttando in particolare i *poteri di direttiva* a lui garantiti dalla convenzione che aveva esternalizzato ad alcuni professionisti la materiale redazione del regolamento urbanistico¹²⁷. La Cassazione – non sollecitata dai motivi di ricorso – non ha preso posizione sulla nozione di *atto contrario ai doveri di ufficio* ma sorge ad ogni modo la domanda circa la corretta qualificazione dell'*atto di indirizzo del sindaco* con il quale questi suggerisce l'allocazione di un'area ad uso piuttosto che ad un altro.

Nella stessa materia, la S.C. si è trovata recentemente a giudicare il caso di un assessore ai lavori pubblici accusato di aver accettato la promessa della somma di quaranta mila euro da parte di un imprenditore immobiliare, affinché si attivasse per fare sì che la trattativa tra il comune e la società Vodafone – che aveva ad oggetto il posizionamento di un'antenna telefonica nel territorio comunale – si concludesse in modo da non creare vincoli di edificazione sui terreni di proprietà del corruttore. In un primo momento la scelta della società era caduta su alcuni terreni limitrofi a quelli di proprietà dell'imprenditore immobiliare che quindi temeva che la presenza dell'antenna, con i connessi vincoli di edificabilità, avrebbe potuto compromettere lo sfruttamento edilizio dei suoli. In seguito all'interesse manifestato da questi presso l'assessore si era tuttavia stabilito che la nuova antenna sarebbe stata posizionata diversamente, in zona meno rilevante per i fondi del corruttore¹²⁸. Anche questo caso è stato risolto ricorrendo alla prova del c.d. *sviamento del potere*, ovvero dimostrando che il procedimento di decisione non era stato condizionato da un percorso di attenta ed imparziale comparazione tra gli interessi in gioco, ma dalla percezione di un indebito compenso, che diviene la ragione determinante di quella determinata presa di posizione.

Mentre non si rinvencono pronunce di legittimità in cui oggetto dell'illecito mercimonio è un atto di *indirizzo politico* regionale, con riferimento agli *atti del governo* va certamente menzionata la storica sentenza della Corte costituzionale nel processo *Lockheed*, il cui protagonista principale era l'allora ministro delle difese Mario

¹²⁷ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 2 marzo 2010, n. 20502, in *DeJure*.

¹²⁸ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 4 febbraio 2014, n. 23354, in *DeJure*.

Tanassi¹²⁹. Questi era stato ritenuto colpevole del reato di *corruzione propria* poiché aveva accettato la promessa di ingenti contribuzioni politiche per fare in modo che la compagnia *Lockheed* vendesse all'Italia quattordici velivoli militari C 130. E ciò, sia attraverso la propria attività di carattere decisionale, sia per mezzo di pressioni che egli avrebbe potuto esercitare, nella sua qualità di ministro, sugli altri organi competenti. In particolare, Tanassi – in esecuzione del *pactum sceleris* – aveva firmato una “lettera d’intenti” in cui si manifestava la volontà di addivenire all’acquisto degli aerei della società americana, aveva fatto in modo di procurare le risorse necessarie al pagamento delle prime rate – attraverso la predisposizione di alcuni residui passivi di bilancio, lo storno di altri importi e l'utilizzazione di fondi a disposizione del suo dicastero – e, conclusasi la trattativa, aveva rapidamente firmato il decreto di approvazione del contratto d’acquisto. Atti, potremmo dire, in cui il ministro manifestava la volontà “politica” di privilegiare il potenziamento della aeronautica militare, a discapito di altre esigenze del ministero ritenute soccombenti. La Corte costituzionale – che all’epoca aveva la giurisdizione anche sulla ‘messa in stato d’accusa’ dei ministri – ha quindi condannato Tanassi per *corruzione propria*, valorizzando la circostanza che questi aveva rinunciato preventivamente alla valutazione degli interessi contrapposti e che proprio questa rinuncia preventiva contraddiceva gli scopi per cui il potere discrezionale era stato a lui attribuito¹³⁰.

In tutti casi qui riportati la S.C. (o la Consulta) – sollecitata nei motivi di ricorso alla riquilificazione dei fatti da *corruzione propria* ad *impropria* – ha perseverato nel ritenere corretta la sussunzione delle condotte nell’art. 319 cod. pen., utilizzando il vizio dell’*eccesso di potere*. Il giudice ha infatti constatato la contrarietà ai doveri d’ufficio degli atti dei pubblici agenti (consiglieri, assessori, sindaci o del ministro), non perché questi fossero effettivamente contrari ad una qualche prescrizione di legge o di regolamento, ma poiché il soggetto pubblico – nel compiere l’attività funzionale – aveva perseguito l’interesse del privato, e non quello per il quale il potere gli era stato conferito dalla legge. In altre parole, l’agente aveva sottomesso l’esercizio del potere discrezionale all’interesse del corruttore, violando così il generale principio di imparzialità a cui il suo agire deve essere improntato.

¹²⁹ Cfr. Corte cost., sent. 2 agosto 1979, n. 221, cit., p. 1368 ss.

¹³⁰ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 229.

Una tale esegesi dell'elemento costitutivo dell'*atto contrario ai doveri d'ufficio* pare tuttavia in contrasto con le indicazioni che il legislatore nel 1997 ha voluto dare all'interprete attraverso la riformulazione del reato di *abuso d'ufficio*, di cui abbiamo pocanzi dato conto¹³¹. Indicazioni che valgono allo stesso modo – ci pare – per la figura della *corruzione propria* in cui, come nell'art. 323 cod. pen., è necessaria la presenza, quantomeno come obiettivo cui le parti sono finalisticamente orientate, di un atto valutato come *contrario ai doveri*.

La modifica dell'*abuso d'ufficio* – considerato il paradigma dei rapporti tra atti dell'amministrazione e sindacato penale – è stata interpretata, da parte della dottrina, come un chiaro segnale del legislatore nel senso della necessità della limitazione del vaglio giurisdizionale penale alla sola verifica della *violazione di legge o di regolamento*, con conseguente esclusione del controllo sull'eventuale vizio di *eccesso di potere*. In senso analogo è stato altresì escluso che l'*imparzialità* o il *buon andamento* potessero divenire i parametri del giudizio di legittimità dell'attività della p.a. Il riferimento a principi generali come questi, si è detto, porterebbe infatti alla conseguenza di «far rientrare dalla finestra ciò che il legislatore si era sforzato di far uscire dalla porta»¹³², autorizzando il rinvio della norma incriminatrice a parametri che sono caratterizzati da vaghezza ed elasticità di contenuto, generando così una figura di reato in contrasto con il *principio di precisione* imposto dalla Costituzione¹³³.

Ora, non si vede come quanto affermato per l'*abuso d'ufficio* non possa valere anche per la *corruzione propria*, dove, come abbiamo detto, il giudice penale è ugualmente chiamato al controllo sulla legittimità degli atti del pubblico agente.

Una soluzione di questo tipo – che si concretizza nell'impossibilità di invocare il vizio dell'*eccesso di potere* – garantirebbe tra l'altro il rispetto del principio della non sindacabilità del *merito amministrativo*, riuscendo così ad assicurare che il giudice penale non sconfini nella valutazione dei contenuti e dell'opportunità dell'atto stesso. Ciò risponderebbe, si è fatto notare, ad un *principio di democrazia*, alla luce del quale dovrebbe essere «inammissibile che un potere essenzialmente tecnocratico, quale risulta essere quello giurisdizionale, immune da responsabilità politica, possa interferire in una

¹³¹ Cfr. *supra* par. 4.3.

¹³² C. BENUSSI, sub *art.* 323, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, cit., p. 501.

¹³³ Cfr. *Ibidem*.

sfera nella quale le scelte dei *soggetti pubblici elettivi* non possono essere ispirate che a criteri soggettivi»¹³⁴.

D'altro canto, con riferimento a quelle attività amministrative che concretizzano opzioni e punti di vista politici ed in cui gli agenti pubblici sono dotati di una discrezionalità amplissima, scarseggiano le *norme di legge o di regolamento* in grado di svolgere il ruolo di “unici” parametri di un giudizio di legittimità. Come abbiamo infatti visto nelle sentenze esaminate, lo strumento attraverso cui affermare la contrarietà ai doveri d'ufficio degli atti in questione è sempre stato quello controverso dell'*eccesso di potere*, non potendosi mai rinvenire, nei singoli casi concreti, precise norme di legge o di regolamento che vincolassero le relative attività.

Vacilla dunque, persino in quest'ambito – ossia quello delle attività funzionali dei soggetti che svolgono l'attività di *indirizzo politico* – il tipo della *corruzione propria*. Quanto visto fin ora sembra infatti suggerire che, anche con riferimento a tali pubblici agenti sia opportuno andare oltre al dualismo *atto conforme-atto contrario ai doveri*, sul quale, anche dopo la riforma del 2012, sono modellate le fattispecie corruttive vigenti; nell'ottica della “costruzione” di una diversa fattispecie di corruzione a questi riferita.

5. Alcune conclusioni provvisorie: la problematica configurabilità della *corruzione propria* per i soggetti investiti della *funzione legislativa* e per quelli che svolgono la *funzione di indirizzo politico*

L'esame di alcuni casi giurisprudenziali ha offerto lo spunto per mettere in luce l'inadeguatezza della fattispecie di cui all'art. 319 cod. pen. a descrivere condotte corruttive riferibili, da un lato, agli agenti pubblici che sono investiti della *funzione legislativa* (parlamentari, consiglieri regionali), dall'altro, a quelle figure che – direttamente elette dal popolo o nominate in via fiduciaria da un eletto – svolgono, quali organi di vertice dell'ente d'appartenenza (statale, regionale o comunale), la c.d. *funzione di indirizzo politico* (ministri, presidenti di Regione, sindaci, assessori regionali o comunali e consiglieri comunali). Abbiamo visto quindi come ciò sia dovuto alla

¹³⁴ A. MERLI, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, cit., p. 20, che aggiunge anche che «un margine di libertà sarebbe quindi coesistente alla struttura stessa dell'attività discrezionale amministrativa e, più in generale, alla fisionomia costituzionale del potere esecutivo, cui è attribuito uno “spazio legittimo e custodito” di azione, nel quale ha il potere di operare autoritativamente ed autonomamente per la soddisfazione del bene comune».

difficile qualificazione, da parte dell'autorità giurisdizionale, degli atti funzionali come *atti contrari ai doveri d'ufficio*.

Per i parlamentari ed i consiglieri regionali tale difficoltà di sussunzione origina dalla peculiarità della funzione legislativa e dalle prerogative a questi garantite dalla Costituzione. Anzitutto dall'art. 67 Cost. (riprodotto allo stesso modo da tutti gli Statuti regionali per i consiglieri) il quale – sancendo l'*assenza di vincoli di mandato nell'agire del parlamentare* – fa sì che questi goda di una sostanziale libertà nella definizione delle finalità delle proprie attività, che giunge fino al punto di poter decidere di quali interessi, ancorché parziali, farsi portatore. D'altra parte, l'assenza di doveri e direttive trova conferma in altre disposizioni della Costituzione, come l'art. 97 che impone il rispetto del principio di *imparzialità* e di *buon andamento* esclusivamente ai soggetti che rivestono incarichi amministrativi e non ai parlamentari (o ai consiglieri regionali). Ne discenderebbe una sostanziale incapacità di individuare quei *doveri dell'ufficio* in grado di divenire il parametro di un giudizio di legittimità degli atti ad opera dall'autorità giurisdizionale.

Allo stesso modo anche dalla prerogativa dell'*insindacabilità per le opinioni espresse e i voti dati* ex art. 68, comma 1 Cost. (e art. 122, comma 4 Cost.) si è dedotta l'impossibilità di configurare la *corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio* in connessione alle *funzioni parlamentari*. Per delineare un tale reato – *rectius*, per riscontrare la presenza del requisito dell'atto contrario ai doveri d'ufficio – occorrerebbe infatti che il giudice sindacasse le motivazioni e le modalità di esercizio di tali funzioni, svuotando completamente di significato la prerogativa costituzionale, che sancisce *l'assoluta insindacabilità delle opinioni espresse e dei voti dati*. Si è concluso quindi che l'immunità di cui all'art. 68 Cost. esclude – ed è cosa pacifica – la responsabilità penale per quest'ultimi atti; mentre, quando questi sono oggetto di un accordo illecito, *degrada in ogni caso la corruzione da propria a impropria*.

Più complesso è invece il discorso con riguardo ai soggetti che svolgono la *funzione di indirizzo politico*, ovvero quegli agenti pubblici ai quali – per il fatto di essere posti al vertice dell'ente d'appartenenza, in virtù di un'investitura politico/elettiva – viene riservato il potere di porre gli obiettivi dell'ente stesso e di definire i programmi da attuare. Dall'analisi della giurisprudenza di legittimità¹³⁵ è emerso come gli atti di

¹³⁵ Cfr. *supra* par. 4.4.

questi soggetti – in cui l'amministrazione concretizza opzioni di fondo che sono il precipitato della volontà "politica" di privilegiare taluni interessi a scapito di altri – siano difficilmente sussumibili nel concetto di *atto contrario ai doveri dell'ufficio*. Se, seguendo le indicazioni tratte dallo studio dell'evoluzione normativa del reato di *abuso d'ufficio*, si esclude infatti l'*eccesso di potere* dal novero degli vizi dell'atto amministrativo che possono essere oggetto del sindacato del giudice penale, rimane unicamente la possibilità di invocare la *violazione di legge* (o il vizio d'*incompetenza*, che altro non è se non l'infrazione di una particolare disposizione di legge).

D'altro canto, con riferimento a quelle attività amministrative che concretizzano opzioni e punti di vista politici ed in cui gli agenti pubblici sono dotati di una discrezionalità amplissima, scarseggiano le *norme di legge o di regolamento* in grado di svolgere il ruolo di "unici" parametri di un giudizio di legittimità. Come abbiamo visto nelle sentenze esaminate, infatti, lo strumento attraverso cui affermare la contrarietà ai doveri d'ufficio degli atti in questione è sempre stato quello controverso dell'*eccesso di potere*, non potendosi mai rinvenire, nei singoli casi concreti, precise norme di legge o di regolamento che vincolassero le relative attività. Ne è derivata la conseguenza che, persino in quest'ambito, vacilla il tipo della *corruzione propria*. Anche con riferimento ai soggetti che svolgono la funzione di *indirizzo politico* è quindi opportuno andare oltre al dualismo *atto conforme/atto contrario ai doveri* – sul quale sono modellate, anche dopo la riforma del 2012, le fattispecie corruttive oggi vigenti – nell'ottica della formulazione di una diversa fattispecie di corruzione a questi riferita.

Ci sembra allora che trovi conferma l'*ipotesi di lavoro* che ci eravamo dati in avvio: anche dallo studio della fattispecie di *corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio* è emersa infatti un'ulteriore criticità a cui conduce una concezione monolitica di pubblica amministrazione. Di qui, in prospettiva *de jure condendo*, un ulteriore argomento a sostegno della tesi del possibile trattamento penalistico differenziato dei "politici" rispetto al restante novero dei pubblici ufficiali.

CAPITOLO IV

LA NUOVA FATTISPECIE DI TRAFFICO DI INFLUENZE ILLECITE (346 BIS C.P.): ANCORA PROBLEMI APPLICATIVI QUANDO OGGETTO DELLA PRESSIONE INDEBITA È L'ATTO DI UN "POLITICO"

SOMMARIO: 1. Traffico di influenze illecite e attività politica: la problematica applicazione del nuovo enunciato – 1.1. La struttura della nuova fattispecie e l'importanza delle clausole di illiceità espressa. – 1.2. Il "nuovo" traffico di influenze illecite nelle prime sentenze della Corte di cassazione. – 1.2.1. Il caso 'Tempa Rossa'. – 1.2.2. Il caso del Mose di Venezia. – 2. Superare il riferimento all'atto contrario ai 'doveri dell'ufficio': possibili modelli alternativi di traffico di influenze illecite incentrati sulla modalità della pressione e non sullo scopo. Uno sguardo comparatistico. – 3. La regolamentazione delle attività di *lobbying* al vaglio del Parlamento: una disciplina davvero in grado di definire il campo del penalmente rilevante? – 4. Conclusione intermedia: una diversa fattispecie di traffico di influenze illecite in cui si superi il riferimento all'atto contrario ai 'doveri d'ufficio'.

1. Traffico di influenze illecite e attività politica: la problematica applicazione del nuovo enunciato

Le considerazioni svolte nel capitolo precedente circa la problematica configurabilità della *corruzione propria* con riferimento ai soggetti che ricoprono un incarico politico/elettivo si ripropongono in relazione alla nuova fattispecie di *traffico d'influenze illecite ex art. 346 bis cod. pen.* Come vedremo tra breve, anche nella struttura di questa nuova figura incriminatrice assume rilevanza centrale l'elemento dell'*atto contrario ai doveri di ufficio*. Non possono che emergere dunque – anche in questa sede – i dubbi applicativi prospettati nel capitolo precedente con riferimento a quel gruppo di soggetti pubblici che ricoprono un incarico politico/elettivo, e che originano – lo abbiamo visto – dalla problematica qualificazione, da parte dell'autorità giurisdizionale, degli atti funzionali di costoro come *atti contrari ai doveri*.

Il nuovo art. 346 *bis* cod. pen., ai commi 1° e 2°, punisce chiunque, fuori dai casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319 *ter*, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico

servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio¹.

Con l'introduzione di questa nuova disposizione il legislatore ha voluto per prima cosa far fronte alla perdurante necessità di adeguare la normativa italiana agli obblighi internazionali in materia di corruzione². *In primis* alla Convenzione ONU contro la corruzione del 2003 (c.d. Convenzione di Merida)³ che, all'art. 18 lett. a), impone agli Stati firmatari di incriminare «il fatto di promettere, offrire, o concedere ad un pubblico ufficiale o ad ogni altra persona, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio affinché detto ufficiale o detta persona abusi della sua influenza reale o supposta, al fine di ottenere da un'amministrazione o da un'autorità pubblica dello Stato Parte un indebito vantaggio per l'istigatore iniziale di tale atto o per ogni altra persona». La lett. b) prescrive allo stesso modo l'incriminazione «per un pubblico ufficiale o per ogni altra persona, che abbia sollecitato o accettato, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio per sé o per un'altra persona al fine di abusare della sua influenza reale o supposta per ottenere un indebito vantaggio da un'amministrazione o da un'autorità pubblica dello Stato Parte». In termini simili si esprime la Convenzione del Consiglio d'Europa del 1999⁴ che, all'art. 12, ordina di incriminare «il fatto di promettere, offrire o procurare, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito, per sé o per terzi, a titolo di remunerazione a chiunque afferma o conferma di

¹ I commi 3°, 4° e 5° dispongono in relazione al trattamento sanzionatorio: «La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio. – Le pene sono altresì aumentate se i fatti sono commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziarie. – Se i fatti sono di particolare tenuità, la pena è diminuita».

² Il GRECO (*Groupe d'Etats contre la Corruption*) – organismo istituito dal Consiglio d'Europa per monitorare il livello di conformità delle legislazioni nazionali alle prescrizioni dell'Organizzazione – ha rimarcato la mancata attuazione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla corruzione con riferimento al *traffico di influenze illecite* nel documento *Third Evaluation Round. Evaluation Report on Italy: Incriminations*, 2012, § 111. Nel successivo rapporto del 2014 (*Third Evaluation Round. Compliance Report on Italy. "Incrinations & Transparency of Party Funding"*, 20 giugno 2014, § 26 ss.), la stessa organizzazione ha quindi accolto favorevolmente l'introduzione del nuovo art. 346 *bis* cod. pen., sottolineando tuttavia le perduranti lacune. Per una sintesi esaustiva di questi due documenti *pre e post riforma* cfr. M. MONTANARI, *La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali. I rapporti dell'Unione europea, del Working Group on Bribery dell'OCSE e del GRECO concernenti il nostro Paese*, in *Dir. pen. cont.*, 1 luglio 2012; M. MONTANARI, *Dove eravamo rimasti? La riforma dei delitti di corruzione al vaglio delle organizzazioni internazionali. Le valutazioni in materia nei rapporti del GRECO e del WGB*, in *Dir. pen. cont.*, 9 ottobre 2014.

³ La Convenzione, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 31 ottobre 2003 ed entrata in vigore a livello internazionale il 14 dicembre 2005, è stata ratificata dall'Italia con la l. 3 agosto 2009, n. 116 ma, fino all'introduzione dell'art. 346 *bis* cod. pen., è rimasta inattuata.

⁴ Tale Convenzione è stata adottata a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata dall'Italia con la legge 28 giugno 2012, n. 110.

essere in grado di esercitare un'influenza sulla decisione di una persona di cui agli articoli 2, 4-6 e 9-11⁵, così come il fatto di sollecitare, ricevere o accettarne l'offerta o la promessa a titolo di remunerazione per siffatta influenza, indipendentemente dal fatto che l'influenza sia o meno effettivamente esercitata oppure che la supposta influenza sortisca l'esito ricercato». Entrambe le norme convenzionali si inseriscono quindi nella logica di una progressiva e quasi estrema anticipazione della tutela, volendo andare a colpire quei rapporti opachi che la prassi ha dimostrato essere fecondo terreno di cultura di pratiche corruttive⁶.

Anche sul piano del diritto comparato si registra inoltre una certa diffusione di figure incriminatrici che colpiscono il traffico di influenze. Per esempio in Francia – dove una norma *ad hoc* è prevista già dal 1889 –, in Spagna e in Portogallo⁷.

Al di là degli obblighi internazionali e degli spunti comparatistici, un intervento in materia non poteva essere ulteriormente eluso in ragione, da un lato, della necessità⁸ – sottolineata più volte dalla dottrina – di adeguare lo strumento penale al mutato scenario criminologico dove, sempre più spesso, «il mercimonio della pubblica funzione si concretizza già attraverso un'attività di intermediazione e di filtro, svolta da soggetti terzi che s'incuneano tra il pubblico funzionario e il privato in una fase prodromica al raggiungimento dell'accordo corruttivo»⁹. Dall'altro – ed è motivo a quest'ultimo collegato – in ragione delle frizioni tra il diritto vivente e l'enunciato della fattispecie di

⁵ Ovvero i pubblici ufficiali nazionali, i membri di assemblee pubbliche nazionali, i pubblici ufficiali stranieri, i membri di assemblee pubbliche straniere, i pubblici ufficiali di organizzazioni internazionali o sopranazionali, i membri di assemblee parlamentari internazionali o sopranazionali, i giudici di tribunali nazionali o internazionali.

⁶ Cfr. A. DI MARTINO, *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, in B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 378.

⁷ Cfr. su questo tema *infra* par. 2. Si segnalano fattispecie incriminatrici analoghe anche in Belgio, Grecia, Bulgaria, Austria, Norvegia e Svezia. Una disposizione sul traffico di influenze illecite non è presente invece né in Inghilterra né in Germania.

⁸ Questa necessità dell'introduzione della norma sul traffico d'influenze illecite deriva anche dall'interpretazione che è stata accolta nella prassi delle nozioni di "esercizio della funzione" e di "atto contrario ai doveri d'ufficio" di cui ai reati di corruzione *ex artt.* 318 e 319 cod. pen. Secondo la giurisprudenza maggioritaria, infatti, la condotta del pubblico agente non competente ad emanare l'atto che s'impegna, facendo leva sulla carica pubblica di cui è titolare, ad indurre il pubblico agente competente a decidere in favore del committente non rientra nei concetti di *esercizio della funzione* o di *atto di ufficio* non potendo quindi essere incriminata a titolo di corruzione. Cfr. per un approfondimento *supra* cap. II, par. 1.

⁹ C. BENUSSI, *sub art. 346 bis*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, 2015, p. 865.

millantato credito ex art. 346 cod. pen.¹⁰. La giurisprudenza maggioritaria – nella convinzione della rilevanza penale delle condotte sopramenzionate – ha infatti ritenuto applicabile quest’ultima fattispecie non solo ai casi di *mendacio* rispetto alla capacità del mediatore di influire sul pubblico ufficiale del quale s’intendano comprare i favori, ma anche nelle ipotesi in cui l’agente sia effettivamente in grado di esercitare una tale influenza. E ciò in palese contrasto con il dettato letterale dell’art. 346 cod. pen. che si riferisce esclusivamente alle condotte di chi riceve denaro o altra utilità “*millantando un credito presso un pubblico ufficiale*” o “*con il pretesto di dover comprare il favore di un pubblico ufficiale*”, entrambe espressioni immediatamente evocative dell’idea dell’inganno¹¹.

D’altra parte già da molto tempo ci si era persuasi che la concezione del *millantato credito* come c.d. “vendita di fumo” – ovvero come truffa qualificata dall’offesa al prestigio dell’amministrazione – non fosse più adatta a tutelare i bisogni di una società come la nostra, «nella quale l’incessante espansione della sfera pubblica minaccia di moltiplicare le fonti di arbitrio e di oppressione, se non ci si sforza di garantire la purezza delle motivazioni pubbliche e l’uguaglianza dei cittadini dinanzi ai pubblici poteri»¹². Lasciando da parte il momento della *millanteria*, è infatti «il *traffico d’influenze reali* che contiene un’offesa alla pubblica amministrazione allo stato puro»¹³.

1.1. La struttura della nuova fattispecie e l’importanza delle clausole di illiceità espressa

Sono dunque queste le ragioni che hanno condotto il legislatore – con la l. 6 novembre 2012, n. 190 – ad affiancare all’art. 346 cod. pen. la nuova fattispecie di

¹⁰ L’art. 346 cod. pen. dispone: «Chiunque, millantando credito presso un pubblico ufficiale, o presso un pubblico impiegato che presti un pubblico servizio, riceve o fa dare o fa promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione verso il pubblico ufficiale o impiegato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da 309 euro a 2.065 euro. – La pena è della reclusione da due a sei anni e della multa da 516 euro a 3.098 euro, se il colpevole riceve o fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, con il pretesto di dover comprare il favore di un pubblico ufficiale o impiegato, o di doverlo remunerare».

¹¹ Cfr. E. DOLCINI, F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, n. 1, p. 239.

¹² C. PEDRAZZI, *Millantato credito, trafic d’influence, influence peddling*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 936.

¹³ *Ivi*, p. 934.

*traffico di influenze illecite*¹⁴. La fattispecie dell'art. 346 *bis* cod. pen. prevede due condotte alternative: da un lato, il farsi dare o promettere indebitamente denaro o altro vantaggio patrimoniale, *come prezzo della propria mediazione illecita* verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio; dall'altro, il farsi dare o promettere indebitamente denaro o altro vantaggio patrimoniale *per remunerare* il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio. Secondo l'opinione della dottrina maggioritaria *in entrambi i casi*, perché il reato possa dirsi integrato, è necessario che le mediazioni – poste in essere sfruttando relazioni realmente esistenti – siano indirizzate al compimento di un *atto contrario ai doveri di ufficio* o *all'omissione o al ritardo di un atto di ufficio*¹⁵. Si vuole in questo modo attribuire rilevanza penale a due condotte distinte: quella del mediatore che si fa remunerare dal committente per ottenere dal pubblico agente il compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio; quindi, quel traffico illecito prodromico alla corruzione, nel caso in cui l'accordo corruttivo non si perfezioni.

Si è da più parti sottolineato come il disvalore della nuova fattispecie risieda nella messa in pericolo del *corretto e trasparente esercizio della pubblica funzione e della imparzialità della pubblica amministrazione*¹⁶. Con questa formulazione il legislatore ha voluto infatti porre l'ultimo tassello di un sistema di lotta alla corruzione costruito “a gradini”, dove sul gradino più basso si colloca proprio il *traffico di influenze illecite* volto a colpire le condotte, poste in essere da qualunque soggetto, che *creino il pericolo* che i pubblici agenti siano effettivamente corrotti, e conseguentemente il pericolo di effettivo asservimento dell'attività amministrativa ad interessi privati. Su un gradino intermedio si situa invece la fattispecie di corruzione per l'esercizio della funzione *ex*

¹⁴ Sulle difficoltà di coordinamento di queste due disposizioni che avrebbero potuto essere evitate attraverso la previsione di un'unica figura incriminatrice si veda F. VIGANÒ, *La riforma dei delitti di corruzione*, in *Il libro dell'anno del diritto Treccani*, 2013, p. 153 ss.

¹⁵ In questo senso si è pronunciato l'allora Ministro della Giustizia P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, fasc. 1, p. 11. Analogamente I. MERENDA, *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, in *Dir. pen. cont.*, 15 febbraio 2013. *Contra* D. BRUNELLI, *Le disposizioni penali della legge contro la corruzione: un primo commento*, in *federalismi.it*, 5 dicembre 2012, p. 17, il quale ritiene che le due condotte alternative previste dal legislatore siano, da un lato, quella secondo cui l'accordo tra committente e mediatore prevede che quest'ultimo tenga esclusivamente per sé il compenso, che costituisce il prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio; dall'altro, quella che potremmo chiamare di «mediazione gratuita», secondo cui il compenso è corrisposto per remunerare il pubblico agente, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio.

¹⁶ Cfr. C. BENUSSI, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, tomo I, II ed., in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Assago, 2013, p. 638.

art. 318 c.p., mentre al vertice della scala di gravità trova spazio il delitto di *corruzione propria* di cui all'art. 319 c.p.¹⁷.

Nel corso dei lavori parlamentari che hanno preceduto l'introduzione della norma è emersa da subito l'esigenza di individuare una *chiara linea di demarcazione tra le influenze lecite e quelle illecite*. In una democrazia rappresentativa e pluralista come la nostra, infatti, l'attività di influenza del decisore pubblico da parte dei singoli, così come degli interessi organizzati, non solo è da considerarsi lecita, ma corrisponde anche all'esercizio di un diritto costituzionale, garantito dal combinato disposto degli artt. 2, 3, e 18 della Costituzione¹⁸ e più volte riconosciuto dalla stessa Consulta nelle sua giurisprudenza¹⁹. Si tratta del c.d. *lobbying*, ovvero di quell'attività di «*rappresentanza di interessi*, non sollecitata dalle istituzioni pubbliche, e svolta da rappresentanti di interessi particolari, attraverso proposte, richieste, suggerimenti, studi, ricerche, analisi e qualsiasi altra iniziativa o comunicazione, intesa a perseguire interessi leciti di rilevanza non generale nei confronti dei decisori pubblici»²⁰.

Durante l'*iter legislativo* si è fatto quindi particolarmente attenzione a tale profilo. A questo scopo, la norma contempla ben due clausole di illiceità espressa, «che – lungi da rappresentare il mero e automatico riflesso di una condotta già intrinsecamente tipica – valgono anzitutto a esprimere l'intenzione del legislatore di circoscrivere l'area del penalmente rilevante a comportamenti che non siano in alcun modo riconosciuti dall'ordinamento come legittimi»²¹. Da un lato è previsto dunque che il mediatore si faccia dare o promettere *indebitamente* denaro o altra utilità patrimoniale, dall'altro è necessario che la mediazione sia *illecita*. Per circoscrivere ulteriormente l'ambito

¹⁷ Cfr. F. VIGANÒ, *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare. Relazione al congresso italo-spagnolo svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 9. Nello stesso senso V. VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale*, in *Dir. pen. cont.*, 7 febbraio 2013, il quale afferma che: «E così, in armonica progressione criminosa, oggi copriamo tutti i passaggi attraverso cui si snoda la genesi del contratto illecito: dagli atti preliminari (346 *bis* c.p.) al perfezionamento (319, 319 *ter* c.p.), passando per le trattative (322, co. 2; 56; 319 *ter* c.p.). Se poi il mediatore coglie nel segno, ovvio che concorrerà, assieme al suo finanziatore, nei più gravi reati di corruzione propria e in atti giudiziari, con conseguente assorbimento del novello *délit obstacle*».

¹⁸ Cfr. P. L. PETRILLO, *Audizioni informali sui disegni di legge in materia di lobbying. Senato della Repubblica. Commissione affari costituzionali*, in www.senato.it, 12 febbraio 2015, p. 2.

¹⁹ Per una ricognizione delle sentenze della Corte costituzionale che hanno riconosciuto «come legittima l'attività di influenza svolta da soggetti espressione della società organizzata nei confronti degli organi costituzionali» si veda sempre P. L. PETRILLO, *Democrazie sotto pressione. Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato*, Milano, 2011, p. 322 ss.

²⁰ Cfr. per una definizione di *attività lobbistica* il Disegno di legge Santagata, a.S. 1866 (XV Legislatura). Disponibile al sito <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00289360.pdf>.

²¹ E. SCAROINA, *Lobbying e rischio penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, fasc. 6, p. 820.

applicativo della fattispecie il legislatore ha ritenuto cautelativamente di apporre un'ulteriore limitazione ben più drastica: si è allora specificato che assumono rilevanza penale le sole mediazioni – gratuite o remunerate – finalizzate al compimento di un *atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio*²².

Di conseguenza, non potrà rilevare ai sensi dell'art. 346 *bis* c.p. la ricezione o la richiesta di denaro – come prezzo della mediazione o per remunerare il funzionario pubblico – affinché quest'ultimo compia in favore del privato un atto conforme ai doveri di ufficio o sia disposto ad asservire a questi la sua interna funzione²³.

Non è facile comprendere a che cosa si faccia effettivamente riferimento con i concetti di *dazione* o *promessa indebita* e di *mediazione illecita*. In molti in dottrina hanno sottolineato la necessità, divenuta oramai ineludibile, che il legislatore giunga il prima possibile alla regolamentazione dell'attività di *lobbying*. Soltanto una normativa di questo genere sarebbe in grado di indicare al giudice e all'interprete quando una mediazione possa dirsi *illecita* e quando la promessa di denaro o di altro vantaggio patrimoniale sia *indebita*²⁴. Senza una regolazione specifica, infatti, il confine tra il lobbismo consentito e le sue degenerazioni patologiche resterebbe interamente demandato al giudice, con le inevitabili incertezze giuridiche che ne deriverebbero²⁵.

Per altri Autori, invece, ciò che rende effettivamente illecita l'attività di influenza del mediatore è lo *scopo* a cui questa tende²⁶. La finalizzazione della mediazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o alla sua omissione o ritardo è quindi – secondo quest'opinione – il vero elemento tipizzante della fattispecie, la cui

²² Cfr. M. ROMANO, *Legge anticorruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1406.

²³ Giudica negativamente questa limitazione ai soli casi diretti ad una corruzione propria o ad una corruzione in atti giudiziari M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione: i delitti dei privati, le qualifiche soggettive pubblicistiche*, IV ed., Milano, 2015, p. 168, il quale afferma che tale limitazione risulta difficilmente accettabile, «da un lato poiché la corruzione *ex art. 318* è sempre stata e ovviamente è tuttora rilevante nel delitto di millantato credito di cui all'art. 346, dall'altro poiché nella prospettiva di tutela anticipata in cui da sempre si muove il delitto di traffico di influenze, pare assurdo che si neghi rilevanza penale a una pattuizione avente ad oggetto remunerazione *extra* del pubblico agente in relazione all'esercizio della funzione, vuoi per il compimento di uno o più atti determinati conformi ai doveri, vuoi in rapporto al c.d. asservimento della funzione medesima».

²⁴ Cfr. M. RONCO, *Note per l'audizione avanti alle commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia del Senato della Repubblica*, p. 7-8, il quale aggiunge anche che in mancanza di tale regolamentazione la disposizione di cui all'art. 346 *bis* cod. pen. si appalesa incostituzionale per violazione del principio di legalità. Il documento è disponibile al link: <http://www.senato.it/documenti>.

²⁵ Cfr. V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Napoli, 2012, p. 189.

²⁶ Cfr. F. PRETE, *Prime riflessioni sul reato di traffico di influenze illecite (art. 346 bis c.p.)*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2012, p. 7, il quale si riferisce però solamente alla seconda delle due sotto-fattispecie, la c.d. mediazione gratuita.

presenza ridimensiona di molto l'importanza delle altre clausole di illiceità espressa²⁷. Così l'attività di pressione – gratuita o prezzolata – finalizzata a far compiere al pubblico agente un atto contrario ai suoi doveri di ufficio è di per se stessa sempre illecita, e la sua rilevanza penale corrisponde alla volontà del legislatore di colpire tutte le condotte prodromiche a futuri accordi corruttivi, che pongono in pericolo i beni giuridici tutelati dai reati di corruzione. I fautori di questa tesi hanno sottolineato quindi come questa sia l'unica lettura in grado di conciliare la nuova fattispecie con il principio di offensività, evitando interpretazioni dilatative che finirebbero per incriminare automaticamente tutte le forme di interlocuzione non gratuita con la pubblica amministrazione²⁸.

Anche per il reato di *traffico di influenze illecite* assume allora rilevanza centrale il requisito dell'*atto contrario ai doveri*, qui non più oggetto del patto corruttivo, ma finalità che anima la dazione del committente al mediatore, nell'ottica della futura attività di pressione sul pubblico agente. Perché possa dirsi integrata questa figura di reato è quindi necessario che tale atto sia quantomeno *determinabile* e che l'autorità giudiziaria sia in grado di pronunciarsi sulla sua *contrarietà ai doveri*. Viceversa, non potendo applicarsi l'art. 346 *bis* cod. pen. alle ipotesi in cui l'elargizione sia corrisposta genericamente per l'asservimento della funzione o finanche per retribuire il compimento di un atto legittimo o doveroso²⁹.

Nella dottrina più recente – invero da parte di un'unica voce isolata – ci si è chiesti se oggetto della mediazione illecita, ai fini dell'integrazione del *traffico di influenze*, possa essere il compimento di un atto discrezionale, «se non addirittura – ipotesi tutt'altro che remota – l'attività normativa del pubblico agente»³⁰.

²⁷ Cfr. nello stesso senso I. MERENDA, *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, cit., p. 6, che afferma come «la chiara indicazione dello scopo dell'attività mediatoria parrebbe far perdere ogni efficacia specializzante alla precisazione che il vantaggio patrimoniale debba essere ottenuto dal mediatore "indebitamente" (...), non potendosi senz'altro dubitare del carattere indebito di ogni attività che si pone come prodromica al compimento di atti contrari ai doveri d'ufficio. In questa prospettiva, sembrerebbe venire meno anche la capacità evocativa dell'aggettivo "illecita", riferito alla mediazione c.d. a titolo oneroso dovendosi tale qualità ritenere *in re ipsa* nella destinazione "criminosa" cui è finalizzato il contatto».

²⁸ Cfr. P. PISA, *Il "nuovo" delitto di traffico di influenze*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, Speciale corruzione, p. 35.

²⁹ Cfr. *Ivi*, p. 7.

³⁰ E. SCAROINA, *Lobbying e rischio penale*, cit., p. 822 ss., la quale si limita tuttavia a menzionare il problema senza soffermarsi su una sua possibile soluzione.

È qui allora che riaffiorano i dubbi circa la riferibilità di questa figura incriminatrice agli agenti pubblici da noi individuati e distinti già nella prima parte della trattazione³¹: ovvero, da un lato, chi svolge la *funzione di legislazione* (parlamentari e consiglieri regionali); dall'altro, quelle figure che – direttamente elette dal popolo o nominate in via fiduciaria da un eletto – svolgono, quali organi di vertice dell'ente d'appartenenza (statale, regionale o comunale), la c.d. *funzione di indirizzo politico* (ministri, presidenti di Regione, sindaci, assessori regionali o comunali). Nel capitolo precedente abbiamo infatti già constatato come rispetto a questa doppia categoria di soggetti risulti particolarmente problematica la qualificazione, da parte dell'autorità giurisdizionale, degli atti funzionali come *atti contrari ai doveri d'ufficio*. Difficoltà di sussunzione – lo abbiamo visto – che originano dalla peculiarità della funzione e dalle prerogative garantite dalla Costituzione ai soggetti pubblici che svolgono la funzione legislativa³², oltre che dai principi che presidono al vaglio degli atti amministrativi da parte dell'autorità giurisdizionale³³.

Le affermazioni fatte sul concetto di *atto contrario ai doveri* con riferimento alla *corruzione propria* ex art. 319 cod. pen. possono allora essere riproposte in relazione al *traffico di influenze illecite*. Anzi valgono qui *a fortiori*. Nell'ambito dell'art. 346 bis cod. pen. infatti – trattandosi di una disposizione che incrimina condotte antecedenti, anche di molto, a quelle corruttive – sarà più difficile per il giudice individuare qual è l'atto del pubblico agente che l'*extraneus* si propone di ottenere e che sarà oggetto delle future pressioni del mediatore ed, ancora di più, sarà arduo valutare la sua eventuale *contrarietà ai doveri della funzione*.

Rimane fermo quanto detto con riguardo alle prerogative costituzionali garantite a chi svolge la funzione legislativa – l'*assenza di vincoli di mandato* e l'*insindacabilità delle opinioni espresse e dei voti dati* – le quali, come abbiamo già visto, rendono impossibile poter parlare di *doveri dell'ufficio* di un parlamentare o di un consigliere regionale. Ma non muta nemmeno il discorso circa il *ruolo* e i *limiti del giudice penale nello scrutinio degli atti amministrativi* di quegli agenti pubblici chiamati a concorrere

³¹ Cfr. *supra* cap. I.

³² Cfr. *amplius* su questo profilo *supra* cap. III, par. 3.

³³ Cfr. su quest'aspetto *amplius supra* cap. III, par. 4.

alla *funzione di indirizzo politico* nel proprio ente d'appartenenza, a cui rimandiamo integralmente³⁴.

Nella giurisprudenza successiva alla riforma – lo vedremo tra breve – si sono già presentati alcuni casi in cui può scorgersi questa cennata difficoltà di sussunzione.

1.2. Il “nuovo” traffico di influenze illecite nelle prime sentenze della Corte di cassazione

1.2.1. Il caso ‘Tempa Rossa’

Non sono molte le sentenze della S.C. che hanno già avuto modo di prendere posizione sulle più importanti questioni interpretative relative al nuovo *traffico di influenze illecite*. Tra queste ci sembra interessante la nota vicenda riguardante il centro oli della Total “Tempa rossa”; caso che ha occupato per molto tempo le pagine dei giornali a causa del coinvolgimento dell'allora ministro dello Sviluppo Economico Federica Guidi³⁵. Nell'ambito di questa vicenda si segnala una recente sentenza di legittimità che ha visto come protagonista un deputato del Partito Democratico, accusato di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio³⁶. All'esito del giudizio di merito, la Corte d'Appello di Potenza, riformando la sentenza di assoluzione resa in primo grado, aveva condannato l'imputato per il delitto di corruzione *ex art. 319 c.p.* perché, a fronte della promessa di duecento mila euro, aveva fatto pressioni sia sui manager della Total, sia sul presidente della Giunta regionale della Basilicata, al fine di ottenere l'aggiudicazione delle gare d'appalto relative al Centro oli "Tempa Rossa" ad alcune società riconducibili ad un determinato gruppo di imprenditori, facendo valere a tal fine il potere e l'influenza esercitati in ragione della qualità di parlamentare, oltre che di leader del Partito Democratico di Potenza. La difesa dell'imputato ha proposto ricorso per Cassazione e ha sostenuto che – pur ammettendo che la condotta oggetto dell'imputazione fosse stata effettivamente realizzata dall'imputato – questa non potesse

³⁴ Cfr. *supra* *amplius* cap. III, par. 4 ss.

³⁵ Il procedimento – che si articola in diversi filoni – con riferimento ad alcune posizioni è, mentre scriviamo, ancora in fase d'indagine, mentre per altre si è già pervenuti al giudizio definitivo in Cassazione.

³⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 26 febbraio 2016, n. 23355, Margiotta in *Dir. pen. cont.* con nota di M. C. UBIALI, *I rapporti tra corruzione ex art. 319 c.p., traffico d'influenze illecite e millantato credito nella prima pronuncia della Cassazione sulla vicenda “Tempa rossa”*, 20 giugno 2016.

integrare il delitto di corruzione, in quanto sarebbe mancato del tutto il requisito dell'atto d'ufficio che, secondo la pacifica giurisprudenza della Corte, per quanto non di specifica competenza del «corrotto, deve pur tuttavia essere espressione diretta o indiretta della funzione pubblica esercitata». La S.C. ha quindi aderito a questa argomentazione della difesa escludendo che la condotta del ricorrente integrasse il delitto di *corruzione propria* ex art. 319 cod. pen. poiché questi, in qualità di parlamentare membro della Commissione ambiente della Camera, non aveva alcuna competenza nella materia degli appalti e, inoltre, non era membro di alcun comitato parlamentare di controllo sull'estrazione del petrolio. Secondo la Cassazione, le condotte del genere di quelle addebitate all'imputato, qualora sussistano i presupposti di legge, possono invece rientrare nel paradigma del nuovo reato di *traffico di influenze illecite*. Norma incriminatrice, tuttavia, ritenuta inapplicabile nel caso concreto poiché introdotta in un momento successivo alla commissione dei fatti contestati.

Al di là dei problemi di diritto intertemporale, sui quali sarebbe fuori luogo soffermarsi in questa sede³⁷, quello che qui interessa evidenziare è come la S.C., nell'affermare la possibile sussistenza dell'art. 346 *bis* cod. pen., non si sia preoccupata di indagare se l'atto che avrebbe dovuto essere oggetto delle pressioni dell'imputato nei confronti del presidente della Giunta regionale della Basilicata – ovvero l'aggiudicazione delle gare d'appalto relative al Centro oli "Tempa Rossa" – fosse o meno contrario ai doveri del suo ufficio. A questo proposito non si è infatti specificato in che cosa consistesse la procedura di aggiudicazione, quali fossero le competenze del presidente della Giunta e quali le eventuali disposizioni a cui questi si sarebbe dovuto attenere per adempiere legittimamente ai propri compiti. Tale mancanza di specificazione ci sembra possa originare del fatto che, quando ci si trova ad un momento così anticipato dell'*iter* criminoso, è più difficile individuare l'atto specifico che il soggetto pubblico è chiamato a compiere e segnatamente valutare la sua contrarietà o meno ai doveri della funzione.

Suscitano considerazioni in parte analoghe i fatti che hanno coinvolto – nell'ambito della medesima vicenda – l'ex ministro dello Sviluppo economico Federica Guidi e il suo compagno, l'imprenditore Gianluca Gemelli. Rispetto a questo filone del processo non si è ancora giunti alla sentenza di primo grado, ma le circostanze del caso concreto

³⁷ Si consenta a questo proposito il rinvio a M.C. UBIALI, *I rapporti tra corruzione ex art. 319 c.p., traffico d'influenze illecite e millantato credito*, cit., p. 2 ss.

sono comunque ricostruibili a partire dalle intercettazioni, pubblicate per larghi stralci dai giornali. Al ministro veniva in particolare rimproverato di aver inserito nella legge di Stabilità del 2015, su pressione del suo compagno, l'emendamento che sbloccava il progetto d'estrazione petrolifera "Tempa rossa", favorevole alla Total, che avrebbe poi remunerato l'attività di intermediazione di Gemelli affidando un subappalto a una delle sue aziende. In questo caso, ancor più che in quello precedente, suscita perplessità la possibile imputazione per traffico di influenze illecite³⁸. Qui non tanto per via della difficoltà di individuare l'atto oggetto delle future pressioni a causa dell'anticipazione di tutela nell'*iter corruttivo*, ma poiché un emendamento proposto dal Governo ad un testo di legge si colloca a pieno titolo tra gli atti inerenti alla *funzione legislativa*, rispetto ai quali è impossibile la qualificazione come *atti contrari ai doveri dell'ufficio*³⁹. Nonostante non si possano estendere ai ministri le considerazioni svolte circa le garanzie e le prerogative dello *status* parlamentare (assenza del vincolo di mandato e insindacabilità delle opinioni espresse e dei voti dati), la presentazione di un progetto di legge del Governo al Parlamento, così come la proposta di un emendamento al medesimo testo, si collocano infatti a pieno titolo tra i c.d. *atti politici* i quali, lo abbiamo già visto, – a norma dell'art. 7 del codice del processo amministrativo⁴⁰ – risultano totalmente esclusi dal sindacato giurisdizionale. Nel primo capitolo⁴¹ abbiamo scartato l'ipotesi che la categoria dell'*atto politico* possa essere in grado di rappresentare quel criterio oggettivo con il quale distinguere i soggetti pubblici che svolgono un incarico politico/elettivo – caratterizzato da una grande ampiezza di poteri derivante dall'investitura popolare (parlamentari, consiglieri regionali, presidenti di regione, sindaci) o da un rapporto fiduciario con soggetti "eletti" (ministri ed assessori) – dal restante novero dei pubblici ufficiali menzionati genericamente dall'art. 357 cod.

³⁸ Cfr. T. PADOVANI, *Il traffico di influenze illecite? Una boiata pazzesca*, in *www.ilfoglio.it*, 7 aprile 2016, il quale afferma significativamente: «Il giudice penale non può stabilire se quell'atto andava bene o no, non può sindacare il merito di una decisione politica. E poi di cosa parliamo? È stato Renzi a dichiarare pubblicamente di aver inserito l'emendamento nella legge, e non la Guidi».

³⁹ Cfr. *supra* cap. III, par. 3.

⁴⁰ L'art. 7, comma 1 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 afferma: «Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. *Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico*». Prima ancora lo stesso principio era contenuto nell'art. 31 del Testo unico sul Consiglio di Stato: art. 31 Regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054.

⁴¹ Cfr. *supra* cap. I, par. 2.2.2 ss.

pen. E ciò in ragione della riscontrata tendenza, presente sia in dottrina sia in giurisprudenza, a circoscrivere il più possibile questo concetto, giungendo alla sua disapplicazione. Ciononostante la categoria dell'*atto politico* è comunque in grado di individuare un nucleo ristretto di atti – *liberi nel fine*⁴² – attraverso i quali si esplica l'attività di direzione suprema della cosa pubblica da parte degli organi costituzionali e che non sono quindi sottoponibili al controllo giurisdizionale. Tra questi sono stati da più parti⁴³ ricompresi gli *atti di iniziativa legislativa*, i quali risultano quindi assolutamente inconciliabili con la definizione di *atto contrario ai doveri dell'ufficio*. Se l'attività di intermediazione nei confronti di un pubblico agente è indirizzata – come nel caso in esame – ad uno di questi atti, sarà allora impossibile giungere alla sua sussunzione nel nuovo reato di *traffico di influenze*.

1.2.2. Il caso del Mose di Venezia

Un'altra sentenza significativa – seppur resa in materia cautelare – riguarda il caso dei finanziamenti statali stanziati dal CIPE (Comitato interministeriale per la programmazione economica) per la realizzazione della diga del Mose di Venezia⁴⁴. L'imputato, consigliere politico dell'allora ministro dell'economia e membro della Commissione parlamentare bilancio e finanze, era stato accusato del reato di corruzione propria *ex art. 319 cod. pen.* e quindi sottoposto alla misura della custodia cautelare in carcere, per aver ricevuto dal presidente di un consorzio edilizio un'ingente somma di denaro al fine di esercitare pressioni sui funzionari ministeriali, in modo che questi inserissero, in una delibera del CIPE, il finanziamento necessario per la prosecuzione dei lavori del Mose. Contro l'ordinanza cautelare ha ricorso la difesa dell'imputato lamentando l'erronea qualificazione giuridica del fatto. I difensori hanno sottolineato, innanzitutto, che l'indagato non aveva compiuto (o non si era proposto di compiere) un *atto d'ufficio*, poiché lo stesso non era titolare di alcuna funzione o potere concernente il finanziamento di quell'opera pubblica. Inoltre hanno fatto notare che il finanziamento

⁴² Cfr. E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1968, p. 181.

⁴³ Cfr. A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, 1989, p. 20; ID., *Governo e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 742; P. BARILE, sub *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 226; G. GROTTANELLI DE' SANTI, sub *Atto politico e atto di governo*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 3, il quale menziona proprio le «leggi pluriennali di spesa» e la «legge di approvazione del bilancio».

⁴⁴ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 28 novembre 2014, n. 51688, in *DeJure*.

deliberato per i lavori del Mose era legittimo, visto che i successivi Governi – anche dopo l’apertura del processo – avevano continuato a finanziare la sua realizzazione. La Corte di cassazione ha accolto in parte questi argomenti, affermando che nel caso concreto non poteva parlarsi di corruzione, perché l’oggetto dell’accordo illecito non comportava l’attivazione dei poteri istituzionali propri dell’ufficio dell’indagato. La S.C. ha quindi ritenuto integrato il reato di *traffico di influenze illecite* non prestando tuttavia la dovuta attenzione al profilo della necessaria contrarietà ai doveri dell’ufficio dell’atto al quale le pressioni erano rivolte. Anche in questo caso infatti tale qualificazione risulta a ben vedere problematica.

Se è pur vero che l’atto a cui mira l’*extraneus* è qui chiaramente identificato, valgono anche in questa circostanza le osservazioni svolte nel capitolo precedente con riguardo alla fattispecie di *corruzione propria*. In un caso come questo l’autorità giudiziaria potrebbe qualificare l’atto come contrario ai doveri d’ufficio solo facendo leva sul vizio dell’*eccesso di potere*. Il giudice infatti – in ragione della natura fortemente discrezionale dell’atto – non potrebbe affermare che la delibera del CIPE sul finanziamento si pone in contrasto con una qualche prescrizione di legge o di regolamento, ma sarebbe costretto a ricorrere all’argomentazione che l’agente pubblico – nel compiere l’attività funzionale – *ha perseguito l’interesse del privato*, e non quello per il quale il potere gli era stato conferito dalla legge. Ovvero, ha sottomesso l’esercizio del potere discrezionale agli argomenti del mediatore, violando così il generale principio di imparzialità a cui il suo agire deve essere improntato. Una tale esegesi dell’elemento costitutivo dell’*atto contrario ai doveri d’ufficio* – lo si è già costatatato in precedenza⁴⁵ – è tuttavia in contrasto con le indicazioni che il legislatore ha voluto dare all’interprete, attraverso la riformulazione del reato di *abuso d’ufficio ex art. 323 cod. pen.*

Come si è detto, nel 1997 la modifica di quest’ultima disposizione – considerata il paradigma dei rapporti tra atti dell’amministrazione e sindacato penale – è stata interpretata, a ragione, da parte della dottrina, come un chiaro segnale del legislatore nel senso della limitazione del vaglio giurisdizionale penale alla sola verifica della violazione di legge o di regolamento, con conseguente esclusione del controllo sull’eventuale vizio di *eccesso di potere*. In senso analogo è stato altresì escluso che

⁴⁵ Cfr. *supra* cap. III, par. 4.3.

l'imparzialità o il buon andamento potessero divenire i parametri del giudizio di legittimità dell'attività della p.a. Il riferimento a principi generali come questi, si è detto con un'immagine efficace, porterebbe infatti alla conseguenza di «far rientrare dalla finestra ciò che il legislatore si era sforzato di far uscire dalla porta», autorizzando così il rinvio della norma incriminatrice a parametri che sono caratterizzati da vaghezza ed elasticità di contenuto, generando così una figura di reato in contrasto con il principio di precisione imposto dalla Costituzione⁴⁶. D'altro canto, con riferimento a quelle attività amministrative che concretizzano opzioni e punti di vista politici ed in cui gli agenti pubblici sono dotati di una discrezionalità amplissima, com'è tipico di quei soggetti che svolgono un incarico politico/elettivo, scarseggiano le norme di legge o di regolamento in grado di svolgere il ruolo di “unici” parametri di un giudizio di legittimità.

Anche con riguardo al *traffico di influenze illecite* emerge dunque la necessità di superare ogni riferimento all'*atto contrario ai doveri*, che ancora una volta genera difficoltà applicative analoghe a quelle già evidenziate nel capitolo precedente.

2. Superare il riferimento all'atto contrario ai 'doveri dell'ufficio': possibili modelli alternativi di traffico di influenze illecite incentrati sulla modalità della pressione e non sullo scopo. Uno sguardo comparatistico

Una struttura dell'art. 346 *bis* c.p. come quella vigente – che ruota attorno all'elemento dell'*atto contrario ai doveri d'ufficio* – mal si adatta a trovare applicazione con riferimento a quei soggetti pubblici che ricoprono un incarico politico/elettivo, in ragione del tipo di attività da questi svolta. Dal raffronto con gli ordinamenti stranieri si può tuttavia rinvenire un'altra variante strutturale di questa figura incriminatrice che ha il pregio di andare oltre questo problema. Esiste infatti un *modello alternativo di traffico di influenze illecite* il cui disvalore si incentra esclusivamente sulle *modalità* di pressione che il mediatore si prefigge di porre in essere per influenzare il pubblico agente. In questo caso la punibilità non dipenderà quindi dal tipo di atto – contrario o conforme ai doveri – oggetto delle future pressioni, ma dai mezzi e dalle modalità che il mediatore si impegnerà ad utilizzare per persuadere il pubblico agente a prendere la sua

⁴⁶ Così testualmente C. BENUSSI, sub *art. 323*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, cit., p. 501. Cfr. *supra* cap. III, par. 4.3.

decisione: dunque dall'abuso delle proprie relazioni personali oppure – nel caso in cui il mediatore sia un pubblico agente – dello sfruttamento della propria carica pubblica⁴⁷.

Un esempio di questa diversa struttura del *traffico di influenze illecite* si rinviene nel codice penale francese dove la condotta incriminata – seppur ripartita in diverse disposizioni⁴⁸ – consiste tendenzialmente nel richiedere o accettare, senza diritto (*sans droit*), l'offerta o la promessa di donativi, come corrispettivo per "l'abuso d'influenza", finalizzato al conseguimento di un *comportamento favorevole* della pubblica amministrazione⁴⁹. In una fattispecie così congegnata l'accento è posto allora esclusivamente sulla modalità "abusiva" con cui il mediatore pone in essere la propria attività di persuasione, senza alcun riferimento alle finalità lecite o illecite.

Analogamente nel codice penale spagnolo gli artt. 428 e 429 cod. pen. puniscono la condotta del pubblico agente⁵⁰ o del privato⁵¹ che faccia pressioni su un funzionario

⁴⁷ Si esprime in questo senso F. CINGARI, *Sul traffico di influenze illecite*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, fasc. 4, p. 481 ss.

⁴⁸ Dà conto sinteticamente della disciplina del codice penale francese I. MERENDA, *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, cit., p. 10. Secondo la ricostruzione dell'Autrice il legislatore francese ha disciplinato differenti fattispecie autonome di traffico di influenze: traffico d'influenza passivo e attivo del privato (artt. 433-2, comma 1 e comma 2 *Code pénal*), traffico di influenza commesso da, e nei confronti di, una persona esercente una funzione pubblica (art. 432-11 comma 2 e 433-1 comma 2); nonché il traffico di influenza realizzato nell'interesse delle persone giuridiche (art. 433-25) e il traffico di influenza effettuato al fine di ottenere "vantaggi" da soggetti investiti di una funzione pubblica all'interno di un'organizzazione internazionale o nell'esercizio di attività giudiziarie (art. 434-9-1).

⁴⁹ Così l'art. 433-2 c.p. che incrimina il traffico di influenza passivo e attivo del privato: «Est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 € dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par quiconque, de solliciter ou d'agréer, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour lui-même ou pour autrui, pour abuser ou avoir abusé de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable. – Est puni des mêmes peines le fait de céder aux sollicitations prévues au premier alinéa ou de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques à une personne, pour elle-même ou pour autrui, pour qu'elle abuse ou parce qu'elle a abusé de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable».

⁵⁰ Art. 428 c.p.: «El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior».

⁵¹ Art. 429: «El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo

pubblico per ottenere una decisione da cui possa derivare, direttamente o indirettamente, un beneficio per sé o per un terzo. Quanto alle modalità della condotta si specifica quindi che il mediatore deve *abusare di una situazione di superiorità (prevaliéndose)*, nei confronti del soggetto che si vuole influenzare, derivante dalle facoltà del suo incarico o da qualunque altra circostanza che origina dalle sue relazioni personali o giuridiche⁵².

Nelle versioni francese e spagnola della fattispecie non trova spazio alcun riferimento allo scopo dell'attività di influenza e segnatamente all'*atto contrario ai doveri di ufficio*, evitandosi così quei problemi di sussunzione che abbiamo precedentemente messo in luce.

In questo quadro tuttavia – privato di tale fondamentale strumento di tipizzazione – la dottrina e la giurisprudenza si sono prodigate in un importante sforzo interpretativo per poter distinguere le attività di influenza lecite da quelle illecite. Così in Francia si è precisato che la condotta del mediatore non è tipica sino a quando l'agente si limita a presentare al pubblico ufficiale le ragioni tecniche o giuridiche dell'intermediazione. Di contro, la nozione di *abuso di influenza* sembra essere integrata quando il mediatore, per ottenere la decisione favorevole desiderata, faccia leva sui rapporti personali intercorrenti con il pubblico funzionario derivanti da amicizia, parentela o appartenenza alla medesima associazione. In quest'ultima ipotesi, infatti, l'oggetto dell'offerta (o dell'accordo) risulta sostanziarsi nell'utilizzo delle aderenze personali, cioè in un'intercessione perfettamente idonea a ledere l'imparzialità amministrativa e la probità dei pubblici ufficiali⁵³. Orientata allo scopo di definire l'ambito dell'illiceità penale è anche la formula *senza diritto (sans droit)*. La dottrina ha evidenziato a riguardo che quest'elemento normativo – quando l'attività di intermediazione è esercitata da un pubblico agente – parrebbe indicare l'esigenza che la condotta risulti posta in essere in violazione di quelle norme *extra* penali che disciplinano le modalità di esercizio della funzione amministrativa e legislativa, ad esempio quelle che vietano di percepire denaro

del beneficio perseguido u obtenido, y prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por tiempo de seis a diez años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior».

⁵² Cfr. per una sintesi della disciplina del codice penale spagnolo sempre I. MERENDA, *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, cit., p. 14-15.

⁵³ Cfr. P. SEMERARO, *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, Milano, 2000, p. 157.

(o altra utilità) dai privati o prevedono il divieto dell'esercizio di un'attività lavorativa autonoma⁵⁴.

Anche in Spagna la norma incriminatrice – specificando che l'opera di pressione sul funzionario deve essere effettuata dal mediatore *abusando delle facoltà del suo incarico o di qualunque altra situazione derivata dalla sua relazione personale o gerarchica* – è ancora il modello delittuoso alla strumentalizzazione dei poteri d'ufficio o di altra situazione derivante da relazione personale o gerarchica con il pubblico ufficiale su cui si esercita l'influenza. Così, mediante l'espressione "*abusando delle facoltà del suo incarico*" il legislatore ha inteso indicare l'uso distorto dei propri poteri, finalizzato a condizionare il pubblico ufficiale che deve prendere una determinata decisione. Con la formula "*o di qualsiasi altra situazione derivante dalla sue relazioni personali o gerarchiche*" la norma vuole colpire invece lo sfruttamento, da un lato, di un rapporto personale tra il mediatore e il funzionario – derivante da amicizia o parentela – dall'altro, di una relazione gerarchica, consistente in quel tipo di rapporto che trova la propria origine nella posizione sovraordinata dell'intermediario nei confronti dell'altro pubblico agente, in ragione del livello delle funzioni esercitate nella p.a.⁵⁵.

Un discrimine tra l'attività di influenza lecita e quella illecita fondato sullo sfuggente concetto di *abuso* e sulla differenza tra lo sfruttamento delle relazioni personali o gerarchiche e l'utilizzo di ragioni tecniche o giuridiche per giustificare l'attività d'intermediazione, sembrano essere – ancora una volta – criteri troppo vaghi e non sufficientemente determinati, e quindi in grado di prestarsi a facili strumentalizzazioni da parte dell'interprete. Al contrario, per poter cogliere a pieno la complessità dei rapporti tra decisori pubblici, intermediari e privati sarebbe necessaria un'adeguata disciplina *extra* penalistica; e ciò non solo in materia di *lobbying* – come da tutti invocato – ma anche in relazione ai codici di condotta dei pubblici agenti: utile in questo senso potrebbe essere, per esempio, l'introduzione di disposizioni sul conflitto di

⁵⁴ Cfr. *Ivi*, p. 161. L'Autore specifica quindi che, quando la locuzione *sans droit* è utilizzata con riguardo alla mediazione di un privato, tale elemento normativo parrebbe indicare l'esigenza che la condotta risulti posta in essere in violazione di quelle norme *extra* penali che disciplinano le ipotesi di liceità dei contratti. *Sans droit* significherebbe quindi che i soggetti coinvolti devono proporsi di formare (o devono stipulare) un contratto senza averne diritto poiché questo – fondato su una causa quale l'esercizio d'influenza personale sul pubblico ufficiale – risulta illecito in quanto contrario alla nozione civilistica di ordine pubblico e non rientra quindi tra i negozi ammessi dall'ordinamento.

⁵⁵ Cfr. *Ivi*, p. 193.

interessi, sugli incarichi *extra* funzionali, sugli obblighi di trasparenza rispetto ai propri guadagni ecc.

Con riguardo alla fattispecie italiana vale lo stesso discorso. Se si volesse accantonare una struttura del traffico di influenze illecite incentrata sullo *scopo* – in ragione dei problemi di applicabilità che tale norma pone in relazione ai “politici”, a causa del riferimento all’*atto contrario ai doveri* – si potrebbe ricorrere ad un modello il cui disvalore dipenda esclusivamente dalle *modalità* della mediazione; ma ciò solo a condizione, anzitutto, di mettere a punto un’adeguata regolamentazione *extra penale* dell’attività di intermediazione, che possa meglio precisare gli altrimenti vaghi concetti di *sfruttamento delle relazioni esistenti, mediazione illecita o indebita dazione o promessa* di denaro⁵⁶. L’intermediazione a pagamento tra i privati e l’autorità pubblica non può infatti essere censurabile in ogni caso, e anzi forma oggetto di professioni riconosciute: non solo quella “controversa” del lobbista, ma anche di diverse professioni legali⁵⁷. Come è stato autorevolmente sottolineato, bisogna quindi porre l’attenzione sui mezzi di persuasione impiegati dal mediatore che rendono sconveniente e pericoloso il fenomeno dell’intermediazione – e di riflesso le pattuizioni che lo assumono a oggetto – indipendentemente dai risultati pressì di mira, che possono essere leciti, o addirittura dovuti⁵⁸.

Significativo a questo proposito è il fatto che la formulazione della fattispecie di *traffico di influenze illecite* proposta inizialmente – prima di essere sostituita durante l’*iter* legislativo per i sopramenzionati timori di indeterminatezza⁵⁹ – colpiva esclusivamente le *modalità della mediazione* e disponeva: «Chiunque, fuori dai casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319 e 319 *ter*, sfruttando relazioni esistenti

⁵⁶ Cfr. V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., p. 188-189. L’Autore sottolinea come: «occorrerebbe una regolamentazione specifica ed organica del fenomeno lobbistico, in grado di assicurare il necessario addentellato contenutistico all’elemento di illiceità speciale in oggetto, colmando gli spazi vuoti dell’incriminazione». Ed aggiunge: «Nelle more di una disciplina espressa dell’attività lobbistica, al fine di tracciare la linea divisoria tra forme lecite e illecite di influenza, ci si potrebbe attenere al seguente principio generale: la legittima attività di lobbying non è volta, in cambio di soldi, ad influenzare, impropriamente e segretamente, una decisione di rilievo pubblicistico, ma a fornire informazioni e a persuadere un decisore pubblico in modo del tutto trasparente, ad. es. presentando documenti di analisi, stime, valutazioni e proposte».

⁵⁷ Cfr. C. PEDRAZZI, *Millantato credito, trafic d’influence, influence peddling*, cit. p. 943.

⁵⁸ Cfr. *Ivi*, p. 944.

⁵⁹ Il riferimento all’atto contrario ai doveri di ufficio quale scopo dell’attività di influenza del mediatore è stato introdotto da un emendamento del Governo (n. 19.100) durante la seduta del 4 ottobre 2012 della Commissione Affari costituzionali. Tutti gli emendamenti al Disegno di legge in materia di corruzione (2156-B) in quel momento al vaglio del Senato sono consultabili al link: http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/testi/38515_testi.htm.

con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita, ovvero per remunerare il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, è punito con la reclusione da uno a tre anni».

Quel che occorre domandarsi ora è dunque se quest'enunciato, corredato da un'adeguata regolamentazione *extra* penalistica dell'attività lobbistica, possa essere in grado di delimitare con precisione il campo del penalmente rilevante, distinguendo con chiarezza le condotte di pressione illecite da quelle lecite. Sofferriamo allora lo sguardo sui progetti di legge in questa materia ad oggi all'attenzione del Parlamento, per rispondere più consapevolmente a quest'interrogativo.

3. La regolamentazione delle attività di *lobbying* al vaglio del Parlamento: una disciplina davvero in grado di definire il campo del penalmente rilevante?

Il tema della regolamentazione delle attività di intermediazione tra i privati e l'amministrazione pubblica è divenuto, proprio in seguito all'introduzione del reato di traffico di influenze illecite, di estrema attualità. Lo stesso ufficio studi della Corte di cassazione, nel commentare l'introduzione della nuova fattispecie ad opera della legge n. 190 del 2012, ha sottolineato fin da subito la necessità di approvare, quanto prima, una legge sul *lobbying*, allo scopo di evitare di sanzionare condotte altrove ritenute del tutto lecite⁶⁰.

Invero, anche prima della novella legislativa, la questione della regolazione dell'attività lobbistica è stata più volte oggetto dell'attenzione del legislatore. Nel corso degli anni si sono infatti susseguite numerose proposte di legge, nessuna delle quali è mai giunta all'approvazione definitiva⁶¹.

⁶⁰ Cfr. L. PISTORELLI, G. ANDREAZZA, *Una prima lettura della l. 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e della illegalità nella pubblica amministrazione)*, in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2012, p. 15. Nello stesso senso P. L. PETRILLO, *Audizioni informali sui disegni di legge in materia di lobbying*, cit., p. 2, il quale – elencando sei motivazioni che giustificano la regolamentazione del fenomeno lobbistico – cita al primo posto proprio l'introduzione della nuova fattispecie di traffico di influenze illecite, che «tende a criminalizzare chi, sfruttando effettivi rapporti e conoscenze col decisore pubblico, si fa dare o promettere una qualche utilità al fine di influenzare tale decisore».

⁶¹ Secondo i dati di *Open-parlamento*, ad oggi aspettano di essere fatte oggetto dell'esame di Camera e Senato ben 18 proposte di regolamentazione dell'attività lobbistica. I dati relativi a tutte le proposte di legge sono consultabili al link: <http://parlamento17.openpolis.it/>.

Un passo iniziale è stato tuttavia compiuto. La Giunta per il regolamento della Camera ha approvato, lo scorso aprile, un provvedimento di regolamentazione dell'attività di rappresentanza di interessi presso la Camera dei deputati⁶². Questo prevede in particolare l'istituzione, presso l'Ufficio di Presidenza, di un registro dei soggetti che svolgono attività di pressione nei confronti dei membri dell'Assemblea. Chiunque intenda svolgere tale attività deve quindi obbligatoriamente iscriversi in tale registro, indicando necessariamente alcuni dati, tra i quali figurano: la descrizione dell'attività di rappresentanza di interessi che si intende svolgere, i soggetti che si vogliono contattare e – nel caso in cui l'attività sia volta a perseguire interessi di terzi – il titolare di interessi per conto del quale il soggetto che si iscrive al registro opera e il titolo giuridico che consente l'esercizio dell'attività. Si dispone inoltre che entro il 31 dicembre di ogni anno, i rappresentati iscritti nel registro siano obbligati a presentare alla Camera una relazione sull'attività svolta nel corso dell'anno, che dia conto dei contatti effettivamente posti in essere, degli obiettivi perseguiti e dei soggetti nel cui interesse l'attività è stata svolta, con le eventuali variazioni intervenute. L'ultima disposizione del regolamento prevede infine le sanzioni della *sospensione* e della *cancellazione* dal registro – comminate dall'Ufficio di Presidenza – in caso di violazione di qualsiasi disposizione contenuta nel testo.

Nonostante questo provvedimento rappresenti indubbiamente un passo avanti nell'ottica della regolamentazione definitiva dell'attività lobbistica, problematica rimane la sua limitata efficacia. Non si tratta infatti di vere e proprie modifiche al regolamento della Camera – per le quali è necessaria l'approvazione del *plenum* – ma di atti propedeutici ad una successiva più approfondita regolazione. Lo stesso relatore della proposta si è infatti riferito a questa regolamentazione nei termini di un “protocollo”, «cioè di una disciplina convenzionale predisposta dall'organo, che vincolerebbe comunque i deputati e che presupporrebbe una successiva modifica regolamentare da effettuare solo dopo un certo periodo di sperimentazione»⁶³.

L'intenzione di definire la disciplina del *lobbying* attraverso un successivo regolamento della Camera suscita comunque qualche perplessità. Non si vede infatti

⁶² Il provvedimento è consultabile tra i resoconti delle Giunte e delle Commissioni al link: <http://www.camera.it/leg17/1>.

⁶³ P. PISICCHIO, *Giunta per il regolamento*, 10 marzo 2016, p. 4. Testo consultabile al link: <http://www.camera.it/leg17/1>.

come un atto interno dell'Assemblea parlamentare possa avere la pretesa di regolare lo *status*, i comportamenti o financo di irrogare sanzioni nei confronti di chi dell'organo non faccia parte.

Nell'ottica invece dell'adozione di un vero e proprio provvedimento legislativo che regoli l'attività lobbistica si segnala il recepimento, da parte della Commissione Affari costituzionali del Senato, di un testo base per il prosieguo dell'esame parlamentare. Si tratta della proposta dell'on. Orellana, ad oggi sottoposta ancora al vaglio della medesima Commissione⁶⁴. Tale disegno di legge – lo si evince dalla relazione d'accompagnamento – parte dal presupposto che l'attività di *lobbying* sia, non solo lecita, ma anche utile e preziosa per il decisore pubblico, «perché strumento indispensabile per acquisire informazioni tecniche, altrimenti difficilmente comprensibili e prevenire impatti economicamente e socialmente insostenibili delle decisioni che si vogliono adottare». L'obiettivo primario che s'intende raggiungere con il provvedimento è quindi quello di *rendere trasparenti le attività, le finalità, gli scopi, i mezzi umani e i finanziari* impiegati dei gruppi che muovono tali interessi.

Così viene dapprima fornita la definizione di attività di *rappresentanza degli interessi* (art. 2), intesa come quell'attività diretta a orientare la formazione della decisione pubblica, svolta anche attraverso la presentazione di proposte, documenti, osservazioni, suggerimenti, richieste di incontri. Si ribadisce che i soggetti che intendono svolgere quest'attività sono tenuti a iscriversi presso il Registro pubblico dei rappresentanti di interessi (art. 4). Allo stesso obbligo soggiacciono le società che hanno uno o più dipendenti preposti a tenere i rapporti con i decisori pubblici. Novità della proposta di legge – non prevista dal testo della Giunta sul regolamento – è l'istituzione, presso il Segretariato generale della Presidenza del Consiglio dei ministri, del *Comitato per il monitoraggio della rappresentanza di interessi*. Tale comitato ha come prima prerogativa quella di garantire la pubblicità dei contenuti del Registro nell'ambito di una sezione dedicata del proprio sito *internet* istituzionale (art. 3).

Un ulteriore obbligo è sancito dall'art. 5: i soggetti che intendono svolgere l'attività di rappresentanza di interessi e le società preposte a tenere i rapporti con i decisori pubblici, unitamente alla domanda di iscrizione al Registro, devono depositare presso il

⁶⁴ Il testo del disegno di legge, accompagnato dalla relativa relazione, è reperibile al link: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00797466.pdf>.

Comitato il *proprio regolamento* e il *codice di condotta*, la cui idoneità verrà valutata ai fini dell'iscrizione al Registro.

Vengono definiti quindi una serie di diritti e misure premiali per i soggetti iscritti al Registro (art. 8). Da un lato, il diritto di presentare ai decisori pubblici proposte legislative, richieste, suggerimenti, studi, ricerche, analisi, memorie scritte, o qualsiasi altra documentazione relativa all'interesse rappresentato, debitamente sottoscritti; dall'altro, quello di partecipare alle attività di analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR) e di verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR), riguardanti gli atti normativi del Governo, dei singoli ministri e i provvedimenti interministeriali.

Trovano conferma gli *obblighi di relazione* già presenti nel testo approvato dalla Giunta sul regolamento (art. 9). Così viene ribadito che – entro il 28 febbraio di ogni anno – il rappresentante di interessi trasmetta al Comitato una relazione concernente l'attività svolta nell'anno precedente, la quale deve contenere, tra le altre cose, l'elenco dettagliato delle attività di rappresentanza poste in essere e l'elenco dei decisori pubblici nei confronti dei quali queste sono state svolte. Analogamente, ai decisori pubblici⁶⁵ è imposto di rendere nota l'attività di rappresentanza svolta presso di loro, facendone menzione nella relazione illustrativa oppure nel preambolo degli atti normativi e degli atti amministrativi generali da loro emanati (art. 10).

Per quanto attiene alle *sanzioni* (art. 13) si prevede che la violazione degli obblighi previsti dal codice di condotta di cui all'articolo 5 e il mancato deposito della relazione di cui all'articolo 9, comma 1, siano puniti con la censura oppure la sospensione o, nei casi di particolare gravità, con la cancellazione dal Registro. Inoltre – salvo che il fatto costituisca reato – il rappresentante di interessi che svolga nei confronti dei decisori pubblici l'attività di rappresentanza, in assenza di iscrizione nel Registro, è punito con una sanzione pecuniaria da venti mila a duecento mila euro⁶⁶.

⁶⁵ Secondo l'art. 2, lett. c) della stessa proposta di legge sono "decisori pubblici": «I membri del Parlamento e del Governo, i commissari delle autorità indipendenti, i vertici, i consiglieri, i consulenti degli uffici di diretta collaborazione del presidente del Consiglio dei ministri, dei Ministri, dei Viceministri e dei Sottosegretari di Stato, nonché i vertici degli enti pubblici statali, i titolari di incarichi di funzione dirigenziale generale e i titolari degli incarichi dirigenziali conferiti ai sensi della normativa vigente».

⁶⁶ Si aggiunge inoltre che: «Il provvedimento di sospensione o di cancellazione dal Registro è pubblicato, per estratto, entro il termine di 30 giorni dalla data di modificazione, a cura e a spese del responsabile delle violazioni, su almeno due quotidiani a diffusione nazionale, di cui uno economico. Il rappresentante di interessi cancellato dal Registro non può chiedere una nuova iscrizione».

Riprendendo le considerazioni svolte in precedenza, ci si domanda dunque se una regolamentazione dell'attività lobbistica così strutturata sia in grado di precisare con chiarezza il contenuto delle clausole di illiceità espressa, in una fattispecie il cui disvalore sia incentrato esclusivamente sulle *modalità della mediazione*. E cioè in un enunciato normativo dove – mancando ogni riferimento all'*atto contrario ai doveri* – la condotta incriminata consista nello sfruttare relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, facendosi dare o promettere *indebitamente*, per sé o per altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria *mediazione illecita*, ovvero per remunerare il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio.

La risposta a tale quesito va cercata tenendo presente il *bene giuridico* che la norma vuole tutelare e che risiede – lo abbiamo già sottolineato in precedenza – in una tutela rafforzata del buon andamento e dell'imparzialità dei pubblici poteri. Il disvalore del reato *de quo* consiste infatti nella messa in pericolo del *corretto e trasparente esercizio della pubblica funzione e della imparzialità della pubblica amministrazione*, tanto che la norma fornisce una tutela anticipata di questi beni, sanzionando comportamenti eventualmente prodromici all'accordo corruttivo⁶⁷.

A questo proposito ci pare che quando la condotta del mediatore consiste nel farsi dare o promettere denaro o altro vantaggio patrimoniale per remunerare il pubblico agente, indipendentemente dall'atto che si vuole ottenere – sia esso lecito o illecito, contrario o conforme ai doveri dell'ufficio – tale situazione sia sempre in grado di porre in pericolo il corretto esercizio della pubblica funzione e l'imparzialità della pubblica amministrazione. L'accordo tra il mediatore e il privato con il quale ci si prefigge di ingerirsi nel processo decisionale del pubblico agente – non facendo valere le proprie ragioni ed i propri argomenti – ma prospettando a quest'ultimo la possibilità di un guadagno patrimoniale, quale corrispettivo per il compimento di un atto lecito o illecito, costituisce sempre un accordo prodromico ad un patto corruttivo e corrisponde quindi al disvalore individuato dalla norma, ovvero la *messa in pericolo* della legalità, del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione.

⁶⁷ Cfr. a questo proposito la motivazione dell'emendamento del Governo n. 9500 consultabile al link: <http://documenti.camera.it/leg16/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2012/04/17/0102.pdf>.

Più complesso ci pare invece il discorso con riguardo alla c.d. *intermediazione a pagamento*, ovvero quando il mediatore tenga per sé il denaro quale prezzo della propria *mediazione illecita* verso l'agente pubblico. Le disposizioni *extra* penali sull'attività di intermediazione, ad oggi al vaglio del Parlamento, ci sembrano in astratto in grado di svolgere il ruolo di parametri integratrici della fattispecie penale. E quindi tale attività d'intermediazione potrà dirsi illecita, per esempio, quando effettuata da un soggetto non iscritto nel Registro pubblico dei rappresentanti di interessi, o quando questi non rispetti le norme del codice di condotta approvato dal Comitato per il monitoraggio, oppure nel caso in cui non vengano assolti gli *obblighi di relazione* concernenti l'attività di rappresentanza svolta nell'anno precedente. Emerge tuttavia la domanda circa l'*effettivo disvalore penale di simili condotte*. L'attività lobbistica posta in essere in violazione di queste disposizioni – e quindi in modo occulto e non tracciato – ma ciononostante senza il proposito di remunerare l'agente pubblico, non sembra *inequivocabilmente* prodromica o preparatoria della corruzione, ma esclusivamente in grado di ingenerare un *sospetto* in questo senso. Condotte di questo tipo ci paiono dunque eccessivamente lontane da un'effettiva offesa al bene giuridico tutelato e quindi ragionevolmente arginabili attraverso *strumenti sanzionatori extra penalistici*⁶⁸. Un'adeguata sanzione pecuniaria, così come la sospensione o cancellazione definitiva dal Registro pubblico dei rappresentanti di interessi – che equivale all'impossibilità di svolgere l'attività di intermediazione e di godere dei diritti e delle misure premiali riservate agli iscritti – appaiono infatti mezzi appropriati a dissuadere i mediatori dallo svolgere attività di pressione occulta o in violazione dei propri codici di comportamento.

Allo stesso tempo le disposizioni *extra* penalistiche sull'attività di *lobbying*, ad oggi al vaglio del Parlamento, non sembrano sufficienti nell'ottica di un'azione preventiva della corruzione a trecentosessanta gradi. A questo proposito ineludibile ci pare l'adozione di veri e propri *codici di comportamento dei pubblici agenti*, ed in particolare dei parlamentari, destinatari privilegiati della pressione dei rappresentanti di interessi. Utile in questo senso potrebbe essere quindi l'introduzione di disposizioni sul *conflitto di interessi*, sugli *incarichi extra funzionali*, sugli *obblighi di trasparenza*

⁶⁸ È questa l'opinione anche di V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., p. 183 ss.

*rispetto ai propri guadagni*⁶⁹. La Giunta per il regolamento della Camera si è da poco mossa in questo senso, approvando una prima formulazione del codice di condotta dei propri membri, in cui si fa espresso riferimento alla regolazione di questi profili. Problematica rimane tuttavia – lo abbiamo già sottolineato con riguardo all’analogo provvedimento sull’attività di *lobbying* – la sua limitata efficacia. Non si tratta infatti, anche qui, di vere e proprie modifiche al regolamento della Camera – per le quali è necessaria l’approvazione del *plenum* – ma di atti propedeutici ad una successiva più approfondita disciplina, di cui auspichiamo un’immediata presa in considerazione.

Giunti a questo punto, si può quindi proporre una formulazione alternativa della fattispecie in esame (art. 346 *bis* cod. pen.), che incrimini la condotta di «*chiunque, fuori dai casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319 e 319 ter, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, per*

⁶⁹ Cfr. il verbale della seduta del 12 aprile 2016 della Giunta per il regolamento in cui si è giunti all’approvazione del testo. Il Testo è consultabile tra i Resoconti delle Giunte e delle Commissioni al link: <http://www.camera.it/leg17/1>. Si veda in particolare l’art. II (*Doveri dei deputati*): «I deputati osservano con scrupolo e rigore gli obblighi, previsti dall’ordinamento e dalle norme regolamentari della Camera, di trasparenza e di dichiarazione delle proprie attività patrimoniali e finanziarie, dei finanziamenti ricevuti nonché delle cariche da essi ricoperte in qualunque ente o società di carattere pubblico o privato»; l’art. III (*Dichiarazioni dei deputati*): «Entro trenta giorni dalla prima seduta della Camera, ovvero dalla data di proclamazione e comunque ogni volta che sia richiesto dalla Giunta delle elezioni, per i procedimenti di sua competenza, ovvero dal Comitato consultivo sulla condotta dei deputati di cui al paragrafo VI, per i profili concernenti l’applicazione del presente Codice, ciascun deputato dichiara al presidente della Camera le cariche e gli uffici di ogni genere che ricopriva alla data della presentazione della candidatura e quelle che ricopre in enti pubblici o privati, anche di carattere internazionale, nonché le funzioni e le attività imprenditoriali o professionali comunque svolte. Qualora un deputato assuma una carica o un ufficio successivamente alla proclamazione, deve renderne dichiarazione entro il termine di trenta giorni. I deputati devono altresì rendere dichiarazione di ogni altra attività professionale o di lavoro autonomo o di impiego o di lavoro privato. Secondo quanto disposto dalla legge n. 441 del 1982, entro tre mesi dalla proclamazione i deputati devono depositare presso l’ufficio di presidenza: 1) una dichiarazione concernente i diritti reali su beni immobili e su beni mobili iscritti in pubblici registri; le azioni di società; le quote di partecipazione a società; l’esercizio di funzioni di amministratore o di sindaco di società, con l’apposizione della formula “sul mio onore affermo che la dichiarazione corrisponde al vero”; 2) copia dell’ultima dichiarazione dei redditi soggetti all’imposta sui redditi delle persone fisiche; 3) una dichiarazione concernente le spese sostenute e le obbligazioni assunte per la propaganda elettorale ovvero l’attestazione di essersi avvalsi esclusivamente di materiali e di mezzi propagandistici predisposti e messi a disposizione dal partito o dalla formazione politica della cui lista hanno fatto parte, con l’apposizione della formula “sul mio onore affermo che la dichiarazione corrisponde al vero”. (..)»; l’art. IV (*Doni*): «Nell’esercizio delle loro funzioni, i deputati si astengono dall’accettare doni o benefici analoghi, salvo quelli di valore inferiore a 250 euro, offerti conformemente alle consuetudini di cortesia, o quelli ricevuti conformemente alle medesime consuetudini qualora rappresentino la Camera dei deputati in veste ufficiale. Le predette disposizioni non si applicano al rimborso delle spese di viaggio, di alloggio e di soggiorno dei deputati o ai pagamenti diretti di dette spese da parte di terzi quando i deputati partecipano sulla base di un invito e nell’esercizio delle loro funzioni a eventi organizzati da terzi. Per tali casi l’ufficio di presidenza adotta le disposizioni necessarie ad assicurare la trasparenza».

remunerare il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, in relazione al compimento di qualsiasi atto della sua funzione».

L'attività di pressione del mediatore deve essere diretta a condizionare un *atto determinato del pubblico agente*, sia esso conforme o contrario ai doveri. Il legame dell'intermediazione con uno *specifico atto* del pubblico ufficiale (o dell'incaricato di un pubblico servizio) ci sembra infatti indispensabile per non ricadere in quei *problemi di indeterminatezza* già riscontrati, con riferimento ai *soggetti pubblici che ricoprono un incarico elettivo*, nell'applicazione della *corruzione funzionale* (art. 318 cod. pen.)⁷⁰. Sarebbe infatti ugualmente problematico punire la dazione di denaro del privato nei confronti dell'intermediario, affinché questi sfrutti le proprie entrate presso la pubblica amministrazione per condizionare il *generico esercizio della funzione* di chi ricopre un incarico politico per elezione.

Manca tuttavia ancora un profilo da analizzare: fin'ora non si sono infatti menzionate le ipotesi in cui l'intermediario, remunerato dall'*extraneus*, sfrutti una relazione personale (di amicizia o parentela) con un pubblico ufficiale terzo, al fine di ottenere da questi un atto vantaggioso per il proprio finanziatore. Va detto innanzitutto che, in assenza di un corrispettivo per agente pubblico destinatario della pressione, la condotta in oggetto non può rientrare nell'enunciato dell'art. 346 *bis* cod. pen. da noi appena riformulato. Ciò in quanto – lo abbiamo già sottolineato – non si è in presenza necessariamente di un accordo prodromico ad un patto corruttivo che *metta in pericolo* la legalità, il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione.

Una situazione di questo tipo ci sembra allora che vada analizzata distinguendo l'ipotesi in cui l'intermediario sia un *privato*, da quella in cui questi rivesta una *qualifica pubblica*. In quest'ultimo caso, la condotta sopracitata – ottenere del denaro per sfruttare una relazione personale (di amicizia o parentela) con un pubblico ufficiale terzo, al fine di ottenere da questi un atto vantaggioso per il proprio finanziatore – ci pare possa essere sussunta nel nuovo illecito disciplinare previsto dal Codice di comportamento dei dipendenti pubblici⁷¹ che, proibendo l'accettazione di qualsiasi compenso (regali o altre utilità) per un valore superiore, di norma, a 150 euro, vieta

⁷⁰ Cfr. *supra* cap. II, par. 1.

⁷¹ Cfr. art. 4 (Regali, compensi e altre utilità) e 16 (Responsabilità conseguente alla violazione dei doveri del codice), d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 in *Dir. pen. cont.*, con nota di C. BENUSSI, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici ha ora natura regolamentare*, 18 giugno 2013.

qualsiasi ricezione di vantaggi *in occasione* dell'ufficio e quindi anche *in relazione all'autorevolezza, al prestigio e ai rapporti* derivatogli della carica rivestita⁷². E simili conclusioni potranno trarsi nell'eventualità in cui il Parlamento (o qualsiasi altro organo elettivo) si doti dei sopramenzionati Codici di condotta in cui trovino collocazione divieti analoghi, correlati alle relative sanzioni⁷³.

Diversa è invece la soluzione nell'ipotesi in cui sia un *privato* a richiedere denaro per sfruttare una relazione personale (di amicizia o parentela) con un pubblico ufficiale terzo, al fine di ottenere da questi un atto vantaggioso per il proprio finanziatore. In questo caso – nel momento in cui vengano rispettate le regole e le formalità richieste dalla legge sul *lobbying* per svolgere legittimamente l'attività di intermediazione – nulla vieta che i mediatori possano sfruttare anche le proprie relazioni personali (di amicizia o di parentela). In mancanza di un corrispettivo in denaro da destinare al decisore pubblico ci sembra infatti che tali condotte non siano *inequivocabilmente* prodromiche o preparatorie della corruzione, ma esclusivamente in grado di ingenerare un *sospetto* in questo senso, collocandosi troppo lontano da un'effettiva offesa al bene giuridico tutelato dall'art. 346 *bis* cod. pen. e quindi ragionevolmente arginabili da *disposizioni extra penalistiche*.

4. Conclusione intermedia: una diversa fattispecie di traffico di influenze illecite in cui si superi il riferimento all'atto contrario ai 'doveri d'ufficio'

Abbiamo visto dunque come le considerazioni svolte nel capitolo precedente, circa la problematica configurabilità della *corruzione propria* nei confronti dei soggetti che ricoprono un incarico politico/elettivo, si riproponga in relazione al *traffico d'influenze illecite* (art. 346 *bis* cod. pen.). Anche nell'enunciato di questa nuova figura incriminatrice assume rilevanza centrale l'elemento dell'*atto contrario ai doveri di ufficio*. Non potevano non emergere dunque, anche in questa sede, gli stessi dubbi applicativi prospettati nel capitolo precedente con riferimento ai "politici", e che

⁷² Per la differenza tra il caso in cui un vantaggio sia concesso *per* l'esercizio della funzione o *in occasione* della funzione si veda nel dettaglio C. BENUSSI, sub *art. 318*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, cit., p. 229-230.

⁷³ Cfr. per un primo tentativo in questo senso *supra* nota n. 69.

originano – lo abbiamo più volte ribadito – dalla problematica qualificazione, da parte dell'autorità giurisdizionale, dei loro atti funzionali come *atti contrari ai doveri*.

Rimane fermo quanto detto con riguardo alle prerogative costituzionali garantite a chi svolge la funzione legislativa – l'*assenza di vincoli di mandato e l'insindacabilità delle opinioni espresse e dei voti dati* – le quali rendono, anche qui, particolarmente problematica l'individuazione e la valutazione dei doveri dell'ufficio di un parlamentare o di un consigliere regionale fatti oggetto di una pressione illegittima⁷⁴. Ma il discorso non muta nemmeno in relazione al *ruolo e ai limiti del giudice penale nello scrutinio degli atti amministrativi* degli agenti pubblici che svolgono la *funzione di indirizzo politico* nel proprio ente d'appartenenza, a cui, per ragioni di economia dell'esposizione, rimandiamo integralmente⁷⁵. Nell'ambito dell'art. 346 *bis* cod. pen. inoltre – trattandosi di una disposizione che incrimina condotte antecedenti, anche di molto, a quelle corruttive – è certamente più difficile per il giudice individuare quale sarà l'atto del pubblico agente oggetto delle future pressioni del mediatore e – ancora di più – la sua eventuale *contrarietà ai doveri della funzione*.

Detto che una struttura della fattispecie come quella vigente – in cui il disvalore è incentrato sullo *scopo dell'atto contrario ai doveri d'ufficio* – mal si adatta a trovare applicazione con riferimento a quei soggetti pubblici che ricoprono un incarico politico/elettivo, dal raffronto con alcuni ordinamenti stranieri – in particolare quelli di Francia e Spagna – si rinvengono altre varianti strutturali di questa figura incriminatrice che hanno il pregio di andare oltre a tale problema. Esiste infatti un modello alternativo di traffico di influenze illecite il cui baricentro consiste nelle *modalità* di pressione che il mediatore si prefigge di porre in essere per influenzare l'agente pubblico. Qui la punibilità non dipenderà quindi dal tipo di atto – contrario o conforme ai doveri – ma dai mezzi e dalle modalità che il mediatore si impegna ad utilizzare per persuadere il pubblico ufficiale a prendere la sua decisione.

D'altra parte, lo studio dei lavori parlamentari che hanno preceduto l'introduzione della legge 190 del 2012 ci ha permesso di constatare che la formulazione iniziale del reato di *traffico di influenze* dava esclusiva rilevanza alle *modalità della mediazione*, disponendo: «Chiunque, fuori dai casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319 e 319 *ter*, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un

⁷⁴ Cfr. *supra* cap. III, par. 3.

⁷⁵ Cfr. *supra* cap. III, par. 4.

pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita, ovvero per remunerare il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, è punito con la reclusione da uno a tre anni». Ma l'adozione di una norma di questo tipo – che ha il pregio di superare i problemi applicativi che portava con sé il riferimento all'*atto contrario ai doveri* – è sostenibile solo a condizione di mettere a punto un'adeguata regolamentazione *extra penale* dell'attività di intermediazione, che possa meglio precisare gli altrimenti vaghi concetti di *sfruttamento delle relazioni esistenti, mediazione illecita o indebita dazione o promessa di denaro*. L'intermediazione a pagamento tra i privati e l'autorità pubblica infatti, lungi dall'essere censurabile in ogni caso, è anzi oggetto di professioni riconosciute: non solo quella “controversa” del lobbista, ma anche di diverse professioni legali.

Ci siamo chiesti allora se quest'enunciato – corredato dalla regolamentazione *extra penalistica* dell'attività lobbistica ad oggi all'esame del Parlamento – possa essere in grado di delimitare con precisione il campo della rilevanza penale, distinguendo chiaramente le condotte di pressione illecita da quelle lecite. Ciò tenendo presente il disvalore che la fattispecie esprime e che consiste nella messa in pericolo del *corretto e trasparente esercizio della pubblica funzione e della imparzialità della pubblica amministrazione*, che la norma tutela sanzionando comportamenti eventualmente prodromici all'accordo corruttivo.

Ne sono derivati due diversi ordini di considerazioni. Da un lato, abbiamo osservato che quando la condotta del mediatore consiste nel farsi dare o promettere denaro o altro vantaggio patrimoniale per remunerare il pubblico agente, indipendentemente dall'atto che si vuole ottenere – sia esso lecito o illecito, contrario o conforme ai doveri dell'ufficio – tale condotta è sempre in grado di porre in pericolo il corretto esercizio della pubblica funzione e l'imparzialità della pubblica amministrazione. L'accordo tra il mediatore e il privato con il quale ci si prefigge di ingerirsi nel processo decisionale del pubblico agente – non facendo valere le proprie ragioni ed i propri argomenti – ma prospettando a quest'ultimo la possibilità di un guadagno patrimoniale, quale corrispettivo per il compimento di un atto lecito o illecito, costituisce sempre un accordo prodromico ad un patto corruttivo e corrisponde quindi al disvalore individuato dalla norma.

Con riguardo invece alla c.d. *intermediazione a pagamento* – ovvero quando il mediatore tenga per sé il denaro quale prezzo della propria *mediazione* verso l’agente pubblico, e tale attività è illecita perché in contrasto con le disposizioni *extra* penali sull’attività di intermediazione oggi al vaglio del Parlamento⁷⁶ – sorge la domanda circa l’*effettivo disvalore penale di simili condotte*. Abbiamo infatti osservato che l’attività lobbistica posta in essere in violazione di queste disposizioni, e quindi in modo occulto e non tracciato, ma tuttavia senza il proposito di remunerare l’agente pubblico, non sembra *inequivocabilmente* prodromica o preparatoria della corruzione, ma esclusivamente in grado di ingenerare un *sospetto* in questo senso. Condotte di questo tipo ci sono parse allora eccessivamente lontane da un’effettiva offesa al bene giuridico tutelato e quindi ragionevolmente arginabili attraverso strumenti sanzionatori *non penali*. Un’adeguata sanzione pecuniaria, così come la sospensione o cancellazione definitiva dal Registro pubblico dei rappresentanti di interessi – che equivale all’impossibilità di svolgere l’attività di intermediazione e di godere dei diritti e delle misure premiali riservate agli iscritti – appaiono infatti mezzi appropriati a dissuadere i mediatori dallo svolgere attività di pressione in modo occulto o in violazione dei propri codici di comportamento.

In esito a queste osservazioni è quindi emersa la proposta di una nuova formulazione del *traffico di influenze illecite*, che affermi: «*Chiunque, fuori dai casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319 e 319 ter, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, per remunerare il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio, in relazione al compimento di qualsiasi atto della sua funzione, è punito con la reclusione ...*».

Una fattispecie così formulata – abbandonando il riferimento all’atto contrario ai doveri d’ufficio o al suo ritardo o omissione – risolverebbe allora i problemi applicativi prospettati in relazione ai “politici”, che originano dalla problematica qualificazione, da parte dell’autorità giurisdizionale, dei loro atti funzionali come *atti contrari ai doveri*.

⁷⁶ Facendo riferimento alle proposte di legge all’esame delle Commissioni di Camera e Senato sopracitate tale attività d’intermediazione potrà dirsi illecita, per esempio, quando effettuata da un soggetto non iscritto nel Registro pubblico dei rappresentati di interessi, o quando questi non rispetti le norme del codice di condotta approvato dal Comitato per il monitoraggio, oppure nel caso in cui non vengano assolti gli obblighi di relazione concernenti l’attività di rappresentanza svolta nell’anno precedente.

L'analisi del reato di *traffico di influenze illecite*, come introdotto dalla c.d. legge Severino, ha aggiunto dunque un ulteriore elemento alla verifica della nostra ipotesi di lavoro. Abbiamo infatti potuto constatare, anche su questo terreno, un'ulteriore criticità a cui conduce una *concezione monolitica di pubblica amministrazione*, nell'applicazione dei reati contro la pubblica amministrazione oggi vigenti.

CAPITOLO V

UN REGIME DIFFERENZIATO PER LA CORRUZIONE DEI “POLITICI”: L’ESPERIENZA TEDESCA

SOMMARIO: 1. Introduzione: andare oltre la concezione monolitica di pubblica amministrazione, una fattispecie *ad hoc* per i “politici”. – 2. Il reato di “corruzione degli eletti” nel codice penale tedesco (§ 108e StGB, *Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern*). – 2.1. La fattispecie previgente (*Abgeordnetenbestechung*) e le ragioni che hanno condotto alla sua modifica. – 2.2. La nuova formulazione del § 108e StGB: finalmente un confine chiaro tra l’influenza lecita e quella penalmente rilevante? – 2.2.1. Il campo di applicazione soggettivo della fattispecie: i membri delle diverse assemblee rappresentative. – 2.2.2. L’accordo illecito come nucleo centrale della fattispecie: un qualsiasi atto del mandato quale corrispettivo per un vantaggio ingiustificato. – 2.2.3. Un ulteriore requisito: l’“azione su mandato o direttiva” del corruttore (*eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung*). – 2.2.4. Ancora un requisito: il vantaggio ‘ingiustificato’ (*ungerechtfertigter Vorteil*). 2.2.5. Un giudizio complessivo sulla fattispecie tedesca: il campo di applicazione troppo ristretto e l’inadeguatezza della risposta penale.

1. Introduzione: andare oltre la concezione monolitica di pubblica amministrazione, una fattispecie di corruzione *ad hoc* per i “politici”

Le difficoltà di applicazione, che abbiamo fin’ora riscontrato in relazione ai “politici” con riguardo alle fattispecie di corruzione (artt. 318 e 319 cod. pen.) ed al delitto di traffico di influenze illecite (art. 346 *bis* cod. pen.), ci spingono ora ad interrogarci circa l’opportunità di un trattamento penalistico differenziato per le condotte di quei soggetti. Ciò, come si è detto, per tenere nella dovuta considerazione le prerogative e le peculiarità garantite dalla Costituzione alla loro funzione.

Abbiamo già ampiamente sottolineato come il nostro codice penale, nella parte relativa ai delitti contro la p.a., adotti e presupponga un *concetto monolitico di pubblica amministrazione*, che ne riflette l’idea ‘forte’, propria del periodo fascista. Sotto il profilo delle *qualifiche soggettive*, la nozione di pubblico ufficiale abbraccia infatti *qualsiasi persona investita di una funzione pubblica* riferibile allo Stato o a qualsiasi altro ente pubblico territoriale, a prescindere dall’ambito, dall’ente e dalle mansioni concretamente svolte. Questa impostazione di fondo – che trova conferma nella formulazione omnicomprensiva dell’art. 357 cod. pen. (Nozione del pubblico ufficiale), tanto nella vigente quanto nell’originaria enunciazione – non permette alcuna distinzione tra i pubblici agenti, i quali sono quindi sottoposti all’applicazione delle

medesime disposizioni incriminatrici del codice penale. Abbiamo osservato, nel corso del nostro lavoro, come quest'impostazione riveli non poche criticità, in particolare nel momento in cui i soggetti attivi di una condotta penalmente rilevante ricoprono un incarico politico/elettivo, caratterizzato vuoi dalla particolare *ampiezza de poteri* correlata all'investitura popolare (parlamentari, consiglieri regionali e comunali, presidenti di Regione, sindaci), vuoi da un *rapporto fiduciario* con soggetti "eletti" (ministri ed assessori).

In quest'ultimo capitolo si prefiggiamo, attraverso un'indagine comparatistica, di porre le premesse per suggerire la "costruzione" di una fattispecie corruttiva che riguardi esclusivamente tali agenti pubblici e che possa – attraverso una opportuna formulazione – superare i problemi applicativi che le norme incriminatrici oggi in vigore hanno mostrato, e di cui abbiamo dato conto.

Nel percorrere questa strada riteniamo utile confrontarci con le scelte d'incriminazione adottate recentemente dall'ordinamento tedesco. Lo *Strafgesetzbuch* – lo abbiamo già visto –, a differenza del codice penale italiano, non sposa infatti una concezione monolitica di pubblica amministrazione: differenzia bensì dall'insieme dei pubblici ufficiali (*Amtsträger*) i c.d. *Mandatsträger*, ovvero gli agenti pubblici che, essendo stati eletti, ricoprono un incarico per mandato. A quest'ultimi il codice penale tedesco riserva un'autonoma figura di corruzione prevista dal § 108e StGB (*Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern*) e caratterizzata – come vedremo ora nel dettaglio – da elementi peculiari e da un campo di applicazione più ristretto rispetto a quello delle omologhe fattispecie destinate ai pubblici ufficiali (§ 331 ss. StGB).

2. Il reato di “corruzione degli eletti” nel codice penale tedesco (§ 108e StGB, *Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern*)

2.1. La fattispecie previgente (*Abgeordnetenbestechung*) e le ragioni che hanno condotto alla sua modifica

Il primo settembre 2014 la quarantottesima legge di modifica del codice penale tedesco¹ ha innovato in modo significativo la fattispecie di cui al § 108e StGB, superando definitivamente la precedente, tanto criticata, formulazione. Quest’ultima, in vigore dal gennaio del 1994, disponeva al primo comma: «Chiunque si adopera per *comprare o vendere il voto nelle elezioni o votazioni* del Parlamento europeo, o nelle assemblee rappresentative federali, dei singoli *Länder*, di comuni e dei consorzi di comuni, è punito con la pena detentiva fino a cinque anni o con la pena pecuniaria»².

Dalla lettura della norma previgente risulta subito evidente come un gran numero di condotte rimaneva estromesso dal campo della rilevanza penale. Ci si riferisce *in primis* agli accordi corruttivi che avevano ad oggetto tutte le attività del mandato elettivo non riconducibili al voto in aula. Non venivano prese in considerazione le votazioni nelle assemblee o nei gruppi di lavoro delle *Fraktionen* (gruppi parlamentari), dove più facilmente si forma la volontà politica poi tradotta nelle votazioni nel *plenum*. Erano escluse le elargizioni di vantaggi che miravano a creare un *generale clima di benevolenza* o un *rapporto di vicinanza o di dipendenza* tra chi corrispondeva il vantaggio e un membro dell’assemblea elettiva, allo scopo di ottenere favori futuri, non ancora specificati³. La dottrina e la giurisprudenza maggioritaria sostenevano inoltre che l’accettazione di un *beneficio immateriale* così come la ricezione di un *vantaggio da destinare ad un terzo* non determinavano la consumazione del reato. Il fatto poi che la norma parlasse di “adoperarsi per comprare o vendere il voto” faceva desumere la necessità di un’intesa prima della votazione, e quindi conduceva ad escludere dal campo di applicazione della disposizione quei pagamenti di un corrispettivo, a titolo di

¹ 48. StÄG vorn 23.4.2014 (BGBl I 410).

² Questa traduzione è tratta testualmente da S. VINCIGUERRA (a cura di), *Il codice penale tedesco*, II ed., Padova, 2003. Si riporta di seguito il testo del primo comma della norma in lingua tedesca: § 108e StGB (*Abgeordnetenbestechung*). «*Wer es unternimmt, für eine Wahl oder Abstimmung im Europäischen Parlament oder in einer Volksvertretung des Bundes, der Länder, Gemeinden oder Gemeindeverbände eine Stimme zu kaufen oder zu verkaufen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft*».

³ Condotte invece ricomprese nei § 331 e 333 StGB applicabili agli *Amtsträger*. Si veda a questo proposito *supra* cap. II, par. 2.1.

ricompensa, per remunerare una condotta dell'eletto già completamente posta in essere (c.d. *corruzione susseguente*).

Da ciò derivava una pressoché inutilizzabilità della fattispecie: pochissimi sono stati infatti i procedimenti d'indagine avviati per casi di *compravendita del voto del deputato ex § 108e StGB*⁴. Sono dovuti inoltre trascorrere più di tredici anni dalla sua introduzione perché si giungesse alla prima sentenza di condanna nel 2007⁵. Riferendosi alla formulazione di questa fattispecie si parlava quindi di legislazione simbolica (*symbolische Gesetzgebung*), così restrittiva da essere incapace di trovare una qualche applicazione pratica; e per mezzo della quale il legislatore aveva reagito solo formalmente alla richiesta di sanzionare la corruzione politica⁶.

La persistenza del legislatore tedesco nel non mettere mano a quello che è stato definito un diritto penale anticorruzione “delle due classi” (*Zwei Klassen Korruptionsrecht*) – che permetteva ai pubblici agenti “eletti” di godere di un trattamento privilegiato – ha attirato sulla Germania le critiche delle organizzazioni internazionali che, fin dagli anni novanta, si erano dotate di specifici strumenti per la lotta alla corruzione.

A questo proposito va menzionata dapprima la *Convenzione ONU contro la corruzione* del 2003 (c.d. *Convenzione di Merida*)⁷. Tale accordo internazionale fa proprio un concetto di *pubblico funzionario* ampio, che include espressamente il deputato nel campo di applicazione delle norme sulla corruzione. Secondo la definizione di cui all'art. 2 lett. a della Convenzione, infatti, sono considerati pubblici agenti anche i soggetti che – attraverso un'elezione – occupano un incarico legislativo. Diversamente dal diritto penale tedesco dunque le disposizioni del trattato considerano allo stesso modo i detentori di un ufficio pubblico nominati o eletti e, conseguentemente, obbligano gli Stati firmatari ad una criminalizzazione della *corruzione attiva e passiva di tutti gli agenti pubblici*. Devono quindi essere sottoposte a pena le condotte del richiedere, accettare o del farsi promettere (così come, dal lato del

⁴ Ne dà conto T. MANSO PORTO, *Corrupción y “compraventa” del voto de los diputados y demás mandatarios políticos a la luz del derecho penal español y alemán: los casos Wuppertal, Camas y Arrecife*, in L.M. PUENTE ABA (a cura di), *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción*, Barcellona, 2015, p. 382.

⁵ Cfr. LG Neuruppin, *Urteil vom 2 aprile 2007 – 13 KIs 365 Js 30366/06 (16/06)*.

⁶ Cfr. S. BARTON, *Der Tatbestand der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB)*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994, p. 1098 ss.

⁷ La Convenzione, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 31 ottobre 2003, è entrata in vigore a livello internazionale il 14 dicembre 2005.

privato, del promettere, offrire o concedere) direttamente o indirettamente, un vantaggio ingiusto per sé, per un terzo o per un ente, come controprestazione perché il pubblico ufficiale, nell'esercizio dei propri doveri di servizio, faccia o ometta qualcosa.

Allo stesso modo la *Convenzione di diritto penale del Consiglio d'Europa sulla corruzione* contiene alcune prescrizioni circa la penalizzazione della corruzione del "politico"⁸. In particolare l'art. 4 della Carta impone agli Stati membri di adottare le necessarie misure legislative, e di altra natura, affinché le condotte corruttive di cui agli articoli 2⁹ e 3¹⁰ siano considerate reati secondo il proprio diritto interno, anche qualora coinvolgano una persona che è membro di una qualsiasi assemblea pubblica nazionale investita di poteri legislativi o amministrativi.

Il GRECO (*Groupe d'Etats contre la Corruption*) – organismo istituito dal Consiglio d'Europa per monitorare il livello di conformità delle legislazioni nazionali alle prescrizioni dell'Organizzazione – in uno dei suoi primi rapporti di valutazione, aveva quindi suggerito alla Germania un allineamento dell'art. 108e StGB agli standard internazionali. In questo documento si sottolineava come il reato di corruzione dell'eletto fosse formulato troppo restrittivamente e lasciasse incomprensibilmente ampi vuoti di punibilità con riguardo, per esempio, all'attività negli organismi diversi dal *plenum* o all'elargizione di vantaggi immateriali¹¹. Il disallineamento delle norme tedesche sulla corruzione rispetto alle prescrizioni internazionali ostava quindi alla ratifica delle Convenzioni e collocava la Germania in uno stato di isolamento: all'inizio del 2014, infatti, dei 171 Stati firmatari la Convenzione di Merida, solo sette (compreso la Germania) non avevano ancora provveduto alla sua ratifica.

Quale ulteriore argomento in favore di un'immediata riformulazione dell'art. 108e StGB si menzionava inoltre la difformità tra il trattamento penale della corruzione del

⁸ Tale Convenzione è stata sottoscritta anche dalla Germania a Strasburgo il 27 gennaio 1999.

⁹ Art. 2 (Corruzione attiva di pubblici ufficiali nazionali): «Ciascuna Parte adotta le necessarie misure legislative e di altra natura affinché i seguenti fatti, quando sono commessi intenzionalmente, siano definiti reati secondo il proprio diritto interno: il fatto di promettere, di offrire o di procurare, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito a un suo pubblico ufficiale, per sé o per terzi, affinché compia o si astenga dal compiere un atto nell'esercizio delle sue funzioni».

¹⁰ Art. 3 (Corruzione passiva di pubblici ufficiali nazionali): «Ciascuna Parte adotta le necessarie misure legislative e di altra natura affinché i seguenti fatti, quando sono commessi intenzionalmente, siano definiti reati penali il proprio diritto interno: il fatto di sollecitare o di ricevere, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito, per sé o per terzi, o di accettarne l'offerta o la promessa, allo scopo di compiere o astenersi dal compiere un atto nell'esercizio delle proprie funzioni».

¹¹ *Third Evaluation Round. Interim Compliance Report on Germany: Incriminations*, 19 ottobre 2012, § 6 e 9.

deputato tedesco e di quello “eletto” in un organo rappresentativo di uno Stato straniero. La Convenzione OCSE per la lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali – sottoscritta a Parigi il 17 dicembre 1997 ed entrata in vigore il 15 febbraio 1999 – equiparando gli “eletti” a qualsiasi altro funzionario pubblico¹² – aveva richiesto di sottoporre a sanzione penale il fatto di chi intenzionalmente offra, prometta o dia qualsiasi indebito beneficio pecuniario o di altra natura ad un pubblico ufficiale straniero, affinché questi compia o si astenga dal compiere atti in relazione a doveri d’ufficio¹³. Il legislatore tedesco aveva quindi dato applicazione alle indicazioni della Convenzione, adottando un’apposita legge sulla lotta alla corruzione internazionale (*Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung*)¹⁴, nella quale è tutt’ora incriminato il fatto di chi offre, promette o concede un vantaggio ad un *membro di un organo legislativo di uno Stato straniero* o di un *organo di rappresentanza di un organizzazione internazionale*, come controprestazione, affinché questi compia o si astenga dal compiere, in futuro, un’azione nell’esercizio del suo mandato o dei suoi compiti funzionali¹⁵. Diversamente dalla previgente formulazione del § 108e StGB, non è richiesto, nella disposizione sulla corruzione internazionale, che il vantaggio sia concesso all’eletto in relazione ad un voto da rendere in aula, ma è sufficiente il legame con una qualsiasi azione rientrante tra le mansioni della propria funzione. Una differenza di trattamento penale, tra deputati tedeschi e stranieri, che non sembrava trovare giustificazioni convincenti e per la quale si invocava l’intervento del

¹² Quest’equiparazione avviene attraverso l’inclusione degli eletti nella nozione di “pubblico ufficiale straniero”. Cfr. art. 1, comma 4, lett. a) del Trattato, che afferma: «Foreign public official means any person holding a legislative, administrative or judicial office of a foreign country, whether appointed or elected; any person exercising a public function for a foreign country, including for a public agency or public enterprise; and any official or agent of a public International organisation».

¹³ Cfr. art. 1, comma 1 della Convenzione (*The offence of Bribery of Foreign Public Officials*): «Each Party shall take such measures as may be necessary to establish that it is a criminal offence under its law for any person intentionally to offer, promise or give any undue pecuniary or other advantage, whether directly or through intermediaries, to a foreign public official, for that official or for a third party, in order that the official act or refrain from acting in relation to the performance of official duties, in order to obtain or retain business or other improper advantage in the conduct of international business».

¹⁴ Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung vom 10. September 1998 (BGBl. 1998 II S. 2327).

¹⁵ Art. 2, § 2 (Bestechung ausländischer Abgeordneter im Zusammenhang mit internationalem geschäftlichen Verkehr): «Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen Auftrag oder einen unbilligen Vorteil im internationalen geschäftlichen Verkehr zu verschaffen oder zu sichern, einem Mitglied eines Gesetzgebungsorgans eines ausländischen Staates oder einem Mitglied einer parlamentarischen Versammlung einer internationalen Organisation einen Vorteil für dieses oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass es eine mit seinem Mandat oder seinen Aufgaben zusammenhängende Handlung oder Unterlassung künftig vornimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. – Der Versuch ist strafbar».

legislatore, che avrebbe dovuto porvi rimedio attraverso un adeguamento dell'enunciato del § 108e StGB.

Le spinte sovranazionali hanno quindi giocato un ruolo importante nell'adozione della nuova fattispecie che – dopo una serie di tentativi andati a vuoto da parte dalle opposizioni nelle legislature dal 2007 al 2012¹⁶ – è stata finalmente licenziata dal Parlamento nell'aprile del 2014, e quindi entrata in vigore il 1° settembre dello stesso anno¹⁷.

La ritrosia nel addivenire a questa modifica può essere imputata solo in parte alla mancanza di una volontà politica che andasse in questa direzione. Nella dottrina e giurisprudenza penalistica tedesca è sempre stata presente infatti una profonda discussione dogmatica e politico-criminale che poneva e pone seri ostacoli all'equiparazione tra l'eletto e il funzionario pubblico. E ciò *in primis* alla luce del *principio del libero mandato*, previsto dall'art. 38, comma 1 del *Grundgesetz* per i parlamentari (ma estendibile anche agli altri membri di organi rappresentativi) secondo il quale, *questi rappresentano tutto il popolo, non sono vincolati da mandati né da direttive e sono soggetti soltanto alla loro coscienza*¹⁸. Tra la penalizzazione dell'influenza illecita esercitata sui membri di un'assemblea elettiva, da un lato, e il principio del libero mandato, dall'altro, sussiste un rapporto di irrimediabile tensione che rende quantomeno problematica l'individuazione di un punto di equilibrio. Una punibilità troppo ampia limiterebbe l'azione politica del deputato: nel campo della rappresentanza popolare infatti, il necessario scambio tra i "politici" e i portatori di

¹⁶ Per un sintetico sguardo sulle proposte di legge presentate dai partiti dell'opposizione cfr. W. JÄCKLE, *Abgeordnetenkorruption und Strafrecht – Eine unendliche Geschichte?*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2012, p. 98 ss.

¹⁷ All'inizio della 18esima legislatura, i maggiori partiti della *Große Koalition* (CDU/CSU e SPD) si erano accordati al fine di modificare in senso estensivo la norma sulla corruzione degli eletti, nell'ottica della ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite. L'*iter* legislativo procedette quindi velocemente: l'11 febbraio 2014 venne presentata la proposta di legge; il 14 febbraio si ebbe la prima discussione, il 19 un'audizione con esperti presso la Commissione parlamentare per "i diritti e la difesa dei consumatori"; già il 21 febbraio si procedette alla seconda e alla terza lettura, così come alla votazione finale nel *plenum*. Dalla prima lettura alla votazione finale passò quindi a malapena una settimana. Secondo H. WILLEMS, *Die Neuregelung der Abgeordnetenbestechung und ihre Auswirkungen auf die Praxis*, in *Corporate Compliance Zeitschrift*, 2015, p. 29 ss., la ragione di questo *tour de force* non è stata, tuttavia, la consapevolezza che la Germania doveva abbandonare – il più velocemente possibile – la sua condizione di anomalia e garantire una parità di trattamento penalistico tra gli attori dell'economia privata e i membri degli organi elettivi, ma la circostanza che il Parlamento, nello stesso momento, doveva decidere sull'aumento della diaria e sulla riforma della disciplina della pensione di anzianità dei Parlamentari. Su queste ultime questioni non si poteva infatti prendere posizione senza che, allo stesso tempo, venisse risolta la *vexata quaestio* della riforma della corruzione degli eletti.

¹⁸ Nella formulazione tedesca: Art. 38, Abs. 2 GG: «Sie sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen».

interessi presenti nella società non può essere malvisto in blocco. È fisiologico – lo abbiamo già ampiamente sostenuto in precedenza – che i deputati ricevano contributi per la propria azione politica e prendano decisioni “parziali” che favoriscono una determinata parte o gruppo di elettorato, del quale difendono gli interessi legittimamente. Per contro, non si può nemmeno giungere alla conclusione che il principio del libero mandato permetta – sempre e comunque – la pressione sugli eletti da parte dei terzi. Le decisioni dei deputati che si fondano, non sulle proprie convinzioni politiche, ma sull’accettazione di un vantaggio, non possono certamente dirsi espressione del *libero* esercizio del mandato parlamentare. Un’azione motivata da un accordo corruttivo si allontana dai confini dell’art. 38, comma 2 GG e si pone in frontale contraddizione con l’obbligo ideale – gravante in capo ad ogni rappresentante eletto – di rivolgere la propria azione al bene comune¹⁹.

La penalizzazione dei comportamenti dei deputati si muove quindi su un crinale sottile: tra la necessità, da un lato, di garantire l’integrità del processo parlamentare e l’indipendenza dell’esercizio del mandato, dall’altro, di non cadere nella controproducente eccessiva limitazione dei rapporti e delle comunicazioni tra decisori pubblici e soggetti esterni agli organi decisionali²⁰. È questo equilibrio che il nuovo § 108e StGB si sforza di raggiungere.

2.2. La nuova formulazione del § 108e StGB: finalmente un confine chiaro tra l’influenza lecita e quella penalmente rilevante?

Il nuovo enunciato del § 108e StGB recita oggi: «Chi come membro di un’assemblea elettiva dello Stato o dei *Länder* richiede, si fa promettere o accetta, un vantaggio ingiustificato per sé o per un terzo come controprestazione per il fatto che faccia o ometta, su mandato o direttiva, un atto del suo mandato, è punito con la pena della reclusione fino a cinque anni o con la pena della multa. – Allo stesso modo è punito chi offre, promette o concede, ad un membro di un’assemblea elettiva statale o dei *Länder*, un vantaggio ingiustificato per questo parlamentare o per un terzo, come

¹⁹ Cfr. E. HOVEN, *Die Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechung. Wege und Ziele einer Reform des § 108e StGB*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2013/1, p. 37.

²⁰ Cfr. H. SATZGER, *Der reformierte § 108 e StGB – Bestechlichkeit und Bestechung von Abgeordneten nach neuem Recht*, in *Juristische Ausbildung*, 10/2014, p. 1022 ss.

controprestazione perché questi faccia od ometta, su mandato o direttiva, un atto del suo mandato. – Ai membri nominati nei commi 1 e 2 vengono equiparati i membri: dell'organo di rappresentanza comunale, dell'assemblea (eletta con un voto diretto e generale) di qualsiasi unità amministrativa costituita nell'area di un *Land* o di un Comune, dell'Assemblea federale, del Parlamento europeo, di un'assemblea parlamentare di un'organizzazione internazionale o di un organo legislativo di uno Stato straniero. – Un vantaggio ingiustificato non sussiste quando la sua accettazione è coerente con le norme fondamentali che regolano lo *status* giuridico del membro dell'organo. Non può costituire un vantaggio ingiustificato un incarico politico o una funzione politica, così come una donazione conforme alla legge sui partiti o alle relative disposizioni. – In caso di condanna alla pena detentiva superiore ai sei mesi il tribunale può disconoscere il diritto all'elettorato passivo e attivo»²¹.

Un'importante scelta preliminare compiuta dal legislatore tedesco è stata sicuramente quella di mantenere la previsione di una fattispecie *ad hoc* per i soggetti pubblici “eletti” negli organi di rappresentanza. Una prima via di riforma della corruzione “in ambito politico” sarebbe infatti potuta essere l'inclusione, nella definizione di pubblico ufficiale (*Amtsträger*) di cui al § 11, comma 1, n. 2 StGB, anche dei detentori di un ufficio pubblico per elezione, e la conseguente applicabilità a questi soggetti dei reati di corruzione di cui ai § 331 StGB ss. A questa equiparazione –

²¹ Riportiamo di seguito, per completezza, la formulazione della fattispecie incriminatrice in tedesco. § 108e StGB (*Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern*): «Wer als Mitglied einer Volksvertretung des Bundes oder der Länder einen ungerechtfertigten Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei der Wahrnehmung seines Mandates eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vornehme oder unterlasse, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. – Ebenso wird bestraft, wer einem Mitglied einer Volksvertretung des Bundes oder der Länder einen ungerechtfertigten Vorteil für dieses Mitglied oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass es bei der Wahrnehmung seines Mandates eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vornehme oder unterlasse. – Den in den Absätzen 1 und 2 genannten Mitgliedern gleich stehen Mitglieder 1. einer Volksvertretung einer kommunalen Gebietskörperschaft, 2. eines in unmittelbarer und allgemeiner Wahl gewählten Gremiums einer für ein Teilgebiet eines Landes oder einer kommunalen Gebietskörperschaft gebildeten Verwaltungseinheit, 3. der Bundesversammlung, 4. des Europäischen Parlaments, 5. einer parlamentarischen Versammlung einer internationalen Organisation und 6. eines Gesetzgebungsorgans eines ausländischen Staates. – Ein ungerechtfertigter Vorteil liegt insbesondere nicht vor, wenn die Annahme des Vorteils im Einklang mit den für die Rechtsstellung des Mitglieds maßgeblichen Vorschriften steht. Keinen ungerechtfertigten Vorteil stellen dar 1. ein politisches Mandat oder eine politische Funktion sowie 2. eine nach dem Parteiengesetz oder entsprechenden Gesetzen zulässige Spende. – Neben einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten kann das Gericht die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, und das Recht, in öffentlichen Angelegenheiten zu wählen oder zu stimmen, aberkennen».

avallata anche da uno sguardo comparato alle legislazioni degli altri Paesi europei²² – non ostavano inoltre le sopramenzionate Convenzioni internazionali, che non prescrivono diversità di trattamento tra i funzionari pubblici e i deputati. Il legislatore ha tuttavia ritenuto utile il mantenimento di una differenziazione tra queste due categorie di soggetti, facendo leva in particolare sulla necessità di tenere conto delle particolarità che caratterizzano il contesto politico²³. Si continuano quindi a prevedere diversi presupposti di punibilità, andando tuttavia a riempire i “vuoti di tutela” previsti nella norma previgente.

Vediamo allora quali sono gli elementi costitutivi della nuova fattispecie, la cui sussistenza è necessaria per l’integrazione del reato.

2.2.1. *Il campo di applicazione soggettivo della fattispecie: i membri delle diverse assemblee rappresentative*

La nuova fattispecie menziona tra i soggetti attivi del reato di “corruzione degli eletti” chi partecipa ad un’assemblea elettiva dello Stato o dei *Länder*, così come i membri: dell’organo di rappresentanza comunale, dell’assemblea (eletta con un voto diretto e generale) di qualsiasi unità amministrativa costituita nell’area di un *Land* o di un Comune, dell’Assemblea federale, del Parlamento europeo, di un’assemblea parlamentare di un’organizzazione internazionale o di un organo legislativo di uno Stato straniero. La relazione alla legge specifica tuttavia che – quando si ha riguardo ai componenti di un organo di rappresentanza comunale – è necessario provare, caso per caso, se l’azione oggetto del patto corruttivo rientra nell’ambito del *mandato rappresentativo* o se, di contro, questi hanno svolto *funzioni amministrative*. In quest’ultima ipotesi i *consiglieri comunali* vengono infatti parificati ai *funzionari*

²² Cfr. E. HOVEN, *Die Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechung*, cit., p. 34-35. L’Autrice menziona gli Stati nel cui codice penale è prevista una fattispecie generica di corruzione che tratta allo stesso modo il funzionario pubblico e il politico eletto (Francia); gli Stati in cui la definizione di pubblico ufficiale abbraccia esplicitamente anche gli “eletti” (Italia, Olanda, Spagna, Slovacchia, Slovenia, Estonia e anche Stati Uniti); ed infine quei Paesi in cui il concetto di pubblico ufficiale viene precisato dalla giurisprudenza che vi ricomprende pacificamente anche gli “eletti” (Svizzera e Belgio).

²³ Cfr. in particolare la relazione di accompagnamento alla legge che ha modificato il § 108e StGB, *Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes, Erweiterung des Straftatbestandes der Abgeordnetenbestechung*, in *Drucksache 18/476*, consultabile in www.bundestag.de.

*pubblici ex § 11, comma 1, n. 2 StGB, con conseguente applicazione delle fattispecie di corruzione di cui ai § 331 ss. StGB*²⁴.

Al di là di quest'ultima differenza, c'è da chiedersi tuttavia in che modo possa trovare giustificazione questa parità di trattamento penale tra i membri del *Bundestag* e quelli di qualsiasi organo "eletto". Tale scelta del legislatore viene fatta risalire, ancora una volta, al *principio della libertà di mandato* (art. 38, comma 2 del *Grundgesetz*) che in quanto elemento fondamentale della democrazia rappresentativa – nonostante sia previsto dalla Costituzione con esclusivo riferimento ai parlamentari – contraddistingue la funzione di *tutti* gli agenti pubblici che ricoprono un incarico elettivo, indipendentemente dall'organo di rappresentanza di cui facciano parte. Da tale caratteristica della funzione discende dunque la conseguenza che a costoro – i c.d. *Mandatsträger* – deve applicarsi la nuova norma, pensata appositamente per tenere conto della peculiarità dell'attività politica/rappresentativa²⁵.

2.2.2. *L'accordo illecito come nucleo centrale della fattispecie: un qualsiasi atto del mandato quale corrispettivo per un vantaggio ingiustificato*

Il nucleo centrale della nuova fattispecie corruttiva risiede nell'*accordo illecito qualificato* tra corrotto e corruttore: ovvero il vantaggio concesso (o da concedere) all'eletto e l'azione di quest'ultimo devono stare in un rapporto di prestazione/controprestazione. Non è richiesto che quest'accordo rivesta una forma particolare; ciò che è decisivo è invece che le parti in causa, in modo espresso o per comportamenti concludenti, si riferiscano chiaramente a quella prestazione e

²⁴ Cfr. *Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes, Erweiterung des Straftatbestandes der Abgeordnetenbestechung*, cit., p. 8. Questa impostazione segue quanto affermato dal BGH in un'importante sentenza sullo *status* dei membri degli organi di rappresentanza comunale. Cfr. a questo riguardo *supra* cap. I, par. 4.

²⁵ Cfr. B. HEINRICH, *Stellungnahme zum Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes – Erweiterung des Straftatbestandes der Abgeordnetenbestechung*, in www.bundestag.de, 12 febbraio 2012, p. 20 ss. Nella traduzione tedesca: «Zwar gilt Art. 38 I 2 GG ausdrücklich nur für Bundestagsabgeordnete, die meisten Landesverfassungen enthalten jedoch vergleichbare Vorschriften. Insoweit wird man Art. 38 I 2 GG zu den Grundnormen der parlamentarischen Demokratie zu zählen haben mit der Folge, dass die sich hier wiederfindenden Regelungen auch auf andere Volksvertretungen, insbesondere auch auf kommunale Parlamente, übertragbar sind».

controprestazione (ovvero a quell'azione e a quel vantaggio) e siano concordi nel ritenere che una dipenda dall'altra²⁶.

Dopo la riforma del 2014, ciò che può essere contenuto di questo accordo illecito è stato sottoposto ad un decisivo ampliamento. Oggetto del *pactum sceleris* non è più solo il voto del deputato nel *plenum* o nelle commissioni dell'organo di rappresentanza al quale questi appartiene, ma qualsiasi azione (od omissione) nell'esercizio del suo mandato. Alla luce di questa modifica, sono dunque ricomprese nel campo di applicazione della norma tutte quelle attività che – oltre al voto – sono espressione della funzione rappresentativa ricoperta: la presentazione di una proposta di legge o di un emendamento, gli interventi in aula o in commissione, così come l'attività di persuasione posta in essere nei confronti dei membri del proprio schieramento prima di giungere alla votazione.

Anche per quanto riguarda la nozione di *vantaggio*, la novella si segnala per un'importante modifica in senso espansivo. Nella nuova formulazione sono ora ricompresi anche i c.d. *vantaggi immateriali* e quelle elargizioni non rivolte direttamente all'eletto, ma da destinare ad un terzo. Si esprime chiaramente in questo senso la relazione alla legge, che definisce il concetto di vantaggio come qualsiasi concessione di un'elargizione, materiale o immateriale, che pone il deputato o un terzo in una situazione economica, giuridica o personale, oggettivamente migliore, e alla quale questi non abbia alcuna pretesa²⁷.

Restano invece escluse dal campo della rilevanza penale – per mancanza della necessaria connessione tra il vantaggio e un'azione concreta nell'esercizio del mandato – quelle elargizioni di vantaggi con le quali il donante vuole acquistare la *generale benevolenza* o la *disponibilità* di un agente pubblico nei propri confronti. Si tratta delle ipotesi di elargizioni iniziali fatte con l'intento di creare un *rapporto di vicinanza o di dipendenza* tra chi corrisponde il vantaggio e il deputato, allo scopo di ottenere vantaggi futuri, non ancora specificati (c.d. *Anfüttern* o “foraggiamento”). Oppure dei casi di

²⁶ Cfr. T. FISCHER, sub § 108e, in *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, LXIII Auflage, München, 2016, Rn. 34 ss., p. 909.

²⁷ Cfr. *Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes, Erweiterung des Straftatbestandes der Abgeordnetenbestechung*, cit., p. 7. Testualmente nel testo tedesco della relazione: «Unter Vorteil ist dabei jede Leistung des Zuwendenden zu verstehen, die das Mitglied oder einen Dritten materiell oder immateriell in seiner wirtschaftlichen, rechtlichen oder auch nur persönlichen Lage objektiv besserstellt und auf die das Mitglied keinen Anspruch hat. Dabei kommt es regelmäßig nicht auf den Wert der Zuwendung an».

pagamenti effettuati *a futura memoria* ed indirizzati alla creazione di un clima favorevole tra il privato ed un determinato pubblico agente (*Klimapflege* o “cura del clima”)²⁸. Fatti che – se riferiti ai funzionari pubblici (*Amtsträger*) – sono di contro considerati penalmente rilevanti e rientranti entrambi nell’ambito dei § 331 (*Vorteilsannahme*) e 333 (*Vorteilsgewährung*) StGB²⁹. Quella dell’irrelevanza penale di tali condotte con riferimento ai *Mandatsträger*, è quindi una scelta netta e che sembra derivare, come abbiamo già detto³⁰, dalla liceità – ammessa dal diritto costituzionale così come dalle legge sui partiti – del finanziamento della politica.

Diverse sono tuttavia le voci che, nella dottrina tedesca, si sono espresse contro questa esclusione. C’è chi fa notare come una fattispecie formulata restrittivamente sia in grado di colpire solo le forme di corruzione più semplice ed immediate. Mentre non vengono in alcun modo intaccate quelle modalità più sottili – e maggiormente diffuse – con le quali si cerca di apportare un’influenza illegittima sui decisori pubblici, e che d’altra parte creano comunque un pericolo per l’indipendenza della funzione³¹. D’altro canto, l’esigenza di garantire un dialogo tra la “politica”, l’economia, i portatori di interessi e, in generale, la società civile, non giustifica fino in fondo l’irrelevanza penale dei fatti di “foraggiamento” o di “cura del clima”. Così – si sostiene – un’efficace comunicazione tra i portatori di interessi particolari e i rappresentanti popolari può realizzarsi anche senza ricorrere all’accettazione/concessione di vantaggi, dovendo questo dialogo consistere in uno scambio di idee e non di elargizioni materiali. A favore della rilevanza penale di quest’ultime condotte parlano inoltre ragioni d’uguaglianza. Solo grosse società o gruppi industriali, dotati di grandi disponibilità economiche e di propri lobbisti, possono permettersi una rappresentanza dei propri interessi a lunga scadenza, a mezzo dell’elargizione di vantaggi. Gli interessi dei gruppi che sono poco o per niente organizzati rimangono, al contrario, sotto rappresentati³².

Vi è poi chi sottolinea come sia inevitabile che un pericolo per l’indipendenza dei decisori pubblici derivi anche da quei vantaggi che vengono concessi senza una

²⁸ Cfr. su questi temi *supra* cap. II, par. 2 ss.

²⁹ Analogamente, nell’ordinamento italiano, tali fatti rientrano pacificamente nel nuovo delitto di *corruzione per l’esercizio della funzione* (art. 318 cod. pen.).

³⁰ Cfr. *supra* cap. II, par. 2.2.

³¹ Cfr. A. VAN AAKEN, *Genügt das deutsche Recht den Anforderungen der VU-Konvention gegen Korruption? Eine rechtsvergleichende Studie zur politischen Korruption unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Deutschland*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2005, p. 426.

³² Cfr. E. HOVEN, *Die Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechung*, cit., p. 42.

concreta richiesta di controprestazione, e con l'obiettivo di creare con il deputato un rapporto di vicinanza e benevolenza. Questa circostanza crea inevitabilmente una situazione di vera e propria *coazione psicologica* in cui l'agente pubblico – sollecitato o meno – non può far altro che muoversi nella direzione voluta dal suo benefattore. La ricezione di elargizioni continue, infatti, ingenererebbe in chiunque un sentimento di gratitudine e, come diretta conseguenza, una sensazione di obbligazione nei confronti del finanziatore. Si afferma di conseguenza che, allargando il campo della rilevanza penale anche a quelle situazioni in cui non si è in presenza di un vero e proprio rapporto di azione/controprestazione, si riuscirebbe invece ad evitare preventivamente questa situazione di coazione psicologica garantendo in questo modo un'effettiva protezione della libertà del mandato³³. Gli inevitabili problemi procedurali non possono infatti far desistere da questo obiettivo di tutela. Nonostante la dimostrazione di una relazione tra l'esercizio del mandato svolto e il denaro devoluto sottenda inevitabili problemi di prova, sarebbe comunque auspicabile – si sostiene – un'espansione della fattispecie idonea a comprendere la penalizzazione di tale influsso generale sulle attività di chi esercita un incarico per mandato. Solo in questo modo può infatti essere garantita pienamente la completa autonomia decisionale del deputato³⁴.

Per contro, autorevoli voci in dottrina si sono espresse in senso favorevole al mantenimento della necessaria connessione tra il vantaggio ricevuto/concesso e un'azione concreta dell'agente pubblico nell'esercizio del mandato. Si fa leva, *in primis*, sul confronto con l'applicazione pratica dei delitti di *accettazione e concessione di vantaggi* dei funzionari pubblici (*ex* § 331 e 333 StGB) in cui – venuto meno il riferimento ad un atto specifico del mandato – si è toccata con mano, e se ne è ampiamente dato conto, la difficoltà di delimitare i comportamenti leciti dalla corruzione penalmente rilevante³⁵. *A fortiori* – come abbiamo anche noi sostenuto nell'arco di tutta la trattazione – l'attività politica del deputato si colloca ancora di più in

³³ Cfr. P. KÖNIG, *Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozeßrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?*, in *Deutsche Richterzeitung*, 1996, p. 360.

³⁴ Cfr. R. FRANCUSKI, *Die Neuregelung der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB)*, in *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS)*, 2014/6, p. 228. L'Autrice sottolinea come questa situazione si verifichi in particolare quando il deputato riceve, per presunte attività corollario, un compenso spropositato da una società o da un'azienda privata senza che questi sia tenuto ad una qualche attività lavorativa e solo nell'attesa che costui orienti nel complesso l'esercizio futuro del mandato agli interessi di chi concede il vantaggio.

³⁵ Cfr. *supra* cap. II, par. 4.

queste zone grigie, dove tracciare una netta linea di confine si rivela a stento possibile³⁶. Una formulazione ampia della norma si esporrebbe inoltre al rischio di essere utilizzata quale strumento di lotta politica. Meno requisiti di punibilità richiede la fattispecie, più è frequente che si avviino procedimenti penali per delegittimare una parte politica, comportando così un danno notevole alla regolare funzionalità del sistema rappresentativo³⁷.

Ad ogni modo si sostiene poi, ed è questa l'argomentazione che ci pare più convincente, che costruire il *Tatbestand* del § 108e StGB sulla falsariga di quelli di cui ai §§ 331 e 333 StGB significherebbe non tenere conto della *radicale diversità* della posizione di chi ricopre un incarico elettivo. Un deputato – diversamente da qualsiasi funzionario pubblico – è autorizzato ad agire orientato da interessi particolari e può ricevere donazioni per il sostentamento del proprio lavoro politico, a condizione che la sua capacità di decisione rimanga libera da costrizioni esterne. La libertà nell'esercizio del suo mandato risulterà invece pregiudicata quando questi non è più sottomesso solo alla sua coscienza ma si muove determinato esclusivamente dalle indicazioni provenienti da chi gli concede vantaggi. Se la soglia di punibilità di cui al § 108e StGB si estendesse anche a quelle elargizioni con le quali il donante vuole creare un *rapporto di vicinanza o di dipendenza* con il deputato, allo scopo di ottenere vantaggi futuri, non ancora specificati, oppure a quei casi di pagamenti effettuati *a futura memoria* ed indirizzati alla creazione di un clima favorevole tra il privato ed un determinato soggetto pubblico, si correrebbe tuttavia il pericolo di dar rilevanza penale anche ad attività in ambito politico del tutto legittime: per prima cosa il *finanziamento privato dei partiti o dei singoli politici* – in occasione, per esempio, delle campagne elettorali – strumento essenziale della democrazia, da considerarsi, salvo particolari eccezioni, non solo lecito ma anche da incentivare. È infatti del tutto normale – come abbiamo già fatto notare in precedenza – che i privati decidano di sostenere quella parte politica della quale condividono i valori e gli interessi, e dal cui agire si aspettano, quantomeno, un generico miglioramento della propria posizione³⁸. Affermare la punibilità di quest'ultime

³⁶ Cfr. H. SATZGER, *Der reformierte § 108 e StGB*, cit., p. 1028.

³⁷ Cfr. J. STÜNKER, *Strafbarkeit der Einflussnahme auf Volksvertreter*, in *Freiheit, Sicherheit und Recht, Festschrift für J. Meyer zum 70. Geburtstag*, Baden Baden, 2006, p. 600-601.

³⁸ Cfr. M. PEEK, *Strafrecht als Mittel der Bekämpfung politischer Korruption: Zur Reform des Tatbestandes der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB)*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2008, Heft 4, p. 813.

circostanze condurrebbe ad una situazione di particolare incertezza e ad una conseguente paralisi del dialogo tra politica, economia e società. Ciò può essere scongiurato – ed il nuovo § 108e StGB ha seguito questa impostazione – facendo in modo che la punibilità della corruzione “in ambito politico” dipenda anche dall’accertamento della presenza di un accordo illecito che abbia ad oggetto l’ottenimento (o la promessa) di un vantaggio quale corrispettivo per il compimento di una *concreta azione del mandato*³⁹.

2.2.3. *Un ulteriore requisito: l’“azione su mandato o direttiva” del corruttore (eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung)*

Allontanatasi dunque dalla struttura delle fattispecie di *accettazione e concessione di vantaggi* ex § 331 (*Vorteilsannahme*) e 333 StGB (*Vorteilsgewährung*), la nuova norma sembra invece ricalcare l’impianto dei reati di *Bestechlichkeit e Bestechung* (§332 e 334 StGB), con la sola differenza che, in quest’ultime figure incriminatrici e *non* in quella della *corruzione degli eletti*, l’atto oggetto del patto corruttivo deve porsi in contraddizione con i doveri d’ufficio del soggetto pubblico.

Il fatto che il nuovo enunciato del § 108e StGB si riferisca all’azione dell’eletto come svolta (o da svolgersi) “su mandato o direttiva” (*im Auftrag oder auf Weisung*) del corruttore, introduce tuttavia un significativo elemento di discontinuità, che non si rinviene in nessuno dei reati di corruzione dello *Strafgesetzbuch*. A questo nuovo aspetto la relazione alla legge dedica ampio spazio, chiarendo che il pubblico agente, per andare incontro alla responsabilità penale, deve compiere (o omettere di compiere) un’azione particolare sulla base della direttiva del corruttore. In altre parole, il membro dell’assemblea rappresentativa deve essere spinto ad agire secondo le indicazioni ricevute, solo ed esclusivamente in ragione del vantaggio prospettato. La norma richiede così uno *stretto rapporto di causalità* tra il vantaggio ingiustificato e l’atto del deputato. Non è sufficiente quindi che il corruttore elargisca vantaggi per il generico esercizio della funzione, o che l’eletto riceva una somma di denaro affinché tenga posizioni già conformi ai propri convincimenti. Il sostegno economico all’eletto – si legge nella relazione – non è punibile quando ha di mira atti che corrispondono già alle

³⁹ Cfr. B. HEINRICH, *Stellungnahme zum Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes*, cit., p. 41 ss.

posizioni politiche dell'agente pubblico e che di conseguenza non vengono direttamente influenzati dall'elargizione del denaro o di un'altra utilità. Di contro, si oltrepassano i confini della rilevanza penale quando il deputato "si lascia comprare"; ovvero quando questi si sottomette totalmente agli interessi del corruttore e le modalità del suo agire sono dettate, in via esclusiva, dalla prospettiva di ricevere un guadagno⁴⁰. Se il pubblico agente si mostra pronto o motivato, in ragione di tale vantaggio, a compiere o ad omettere un atto del suo mandato, ciò contraddice la posizione di indipendenza che deve contraddistinguere lo *status* di chi detiene un incarico per elezione. Si rende quindi necessaria la penalizzazione di tale comportamento, per proteggere il libero procedimento di formazione della volontà politica dell'organo rappresentativo⁴¹.

L'introduzione dell'elemento dell'agire "su mandato o direttiva" sembra così condurre ad un significativo restringimento del campo di applicazione della norma. Non è più sufficiente un rapporto di azione-controprestazione, ma si richiede una *causalità interna*, nella forma della totale sottoposizione della libertà di agire del soggetto pubblico agli interessi del corruttore: la scelta dell'eletto deve essere infatti esclusivamente determinata dal vantaggio ricevuto (o prospettatogli), senza il quale egli avrebbe agito diversamente.

Molte sono state le obiezioni sollevate contro questo nuovo elemento del reato; *in primis* con riferimento alle difficoltà di documentare un tale *status* psicologico. Sarà impossibile – si sottolinea – distinguere l'ipotesi in cui l'agente pubblico abbia compiuto un atto del suo mandato determinato dal denaro ricevuto, dal caso in cui questi, in una scelta di voto, non si sia lasciato condizionare dal vantaggio, ma lo abbia

⁴⁰ Cfr. *Ibidem*. Cfr. il testo tedesco: «Der ungerechtfertigte Vorteil muss gerade deshalb zugewendet werden, damit das Mitglied sich in einer bestimmten Weise verhält, also „im Auftrag oder auf Weisung“ des Vorteilsgebers handelt. Der Mandatsträger soll gerade durch den ungerechtfertigten Vorteil dazu verleitet werden, im Auftrag oder nach Weisung des Auftraggebers zu handeln. Damit verlangt der Tatbestand eine enge Kausalbeziehung zwischen dem ungerechtfertigten Vorteil und der Handlung des Mitglieds. Für die Strafbarkeit reicht es nicht aus, dass Vorteile nur allgemein für die Mandatsausübung zugewendet werden bzw. das Mitglied wegen der von ihm gemäß seiner inneren Überzeugung vertretenen Positionen einen Vorteil erhält. Die Unterstützung des Mitglieds durch einen Vorteilsgeber ist also nicht strafbar, wenn sie für Handlungen erfolgt, die durch seine innere Überzeugung motiviert und nicht durch die Vorteilsgewährung beeinflusst sind. Die Grenze zur Strafbarkeit wird erst dann überschritten, wenn das Mitglied sich „kaufen lässt“, d. h. wenn es sich den Interessen des Vorteilsgebers unterwirft und seine Handlungen durch die Vorteilsgewährung bestimmt sind („Kommerzialisierung des Mandats“).».

⁴¹ Cfr. *Ivi*, p. 8. Cfr. il testo tedesco «Zeigt sich ein Abgeordneter dennoch bereit, motiviert durch das Fordern, Sich-Versprechen-Lassen oder Annehmen eines unbilligen Vorteils eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vorzunehmen oder zu unterlassen, widerspricht dies so sehr der Stellung eines unabhängigen Abgeordneten, dass eine Bestrafung dieses Verhaltens zum Schutz der parlamentarischen Willensbildung erforderlich ist».

accolto solo come un motivo di rafforzamento della propria decisione, già precedentemente raggiunta in modo autonomo. Non è possibile infatti provare con certezza le reali intenzioni del deputato e, d'altra parte, queste appartengono in ultima istanza solo alla sua coscienza, imperscrutabile da parte dell'autorità giudiziaria⁴².

Un tale rapporto di causalità interna tra l'azione da compiere e il vantaggio accettato (o prospettato) solleva altresì problemi in merito alla *soglia della rilevanza penale* della nuova norma incriminatrice. L'obiettivo di tutelare l'indipendenza nell'esercizio del mandato – si afferma – non viene compromesso esclusivamente da una totale sottomissione dei deputati agli interessi di chi concede loro vantaggi. Anche il consolidamento di una decisione d'azione, attraverso l'ottenimento di favori materiali o immateriali, instaura un legame tra l'eletto e gli obiettivi del privato, indebolendo – tra le altre cose – la libertà del soggetto pubblico di cambiare la propria posizione⁴³.

Si è altresì fatto notare come il restringimento della fattispecie voluto dal legislatore risulti irragionevole anche alla luce della *ratio* della disposizione incriminatrice. Come si evince dalla relazione alla legge, la norma è posta a presidio – oltre che dell'indipendenza nell'esercizio del mandato elettivo – anche dell'oggettività delle decisioni assunte e della *fiducia della collettività nell'integrità del processo politico*⁴⁴. Se si considera superata la soglia della rilevanza penale solo quando viene meno totalmente la libertà interna del deputato, si tutela solo l'indipendenza dell'esercizio della funzione, ma non il bene della fiducia dei cittadini nel buon andamento dei processi decisionali pubblici. L'apparenza di un'influenza illegittima, infatti, sussiste già nel momento dell'accordo illecito e non presuppone alcuna convinzione interna di chi riceve il vantaggio⁴⁵.

Alla luce di queste obiezioni, si è proposta nella dottrina tedesca un'interpretazione restrittiva dell'elemento della “azione su mandato o direttiva”, che ne ridimensioni la portata: l'atto nell'esercizio delle funzioni non deve essere *esclusivamente* motivato

⁴² Cfr. M. KUBICIEL, E. HOVEN, *Das Verbot der Mandatsträgerbestechung – Strafgrund und Umfang des neuen § 108e StGB*, in *Neue Kriminalpolitik*, 2014/4, p. 348-349. Cfr. su questo ultimo punto anche le considerazioni svolte in precedenza *supra* cap. III, par. 4.4.

⁴³ Cfr. M. KUBICIEL, E. HOVEN, *Das Verbot der Mandatsträgerbestechung*, cit., p. 349.

⁴⁴ Cfr. *Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes, Erweiterung des Straftatbestandes der Abgeordnetenbestechung*, cit., p. 6. Nel testo tedesco: «Geschütztes Rechtsgut ist das öffentliche Interesse an der Integrität parlamentarischer Prozesse und der Unabhängigkeit der Mandatsausübung sowie der Sachbezogenheit parlamentarischer Entscheidungen. Die freie Willensbildung und -betätigung in den Parlamenten soll vor unzulässiger Einflussnahme geschützt werden».

⁴⁵ Cfr. M. KUBICIEL, E. HOVEN, *Das Verbot der Mandatsträgerbestechung*, cit., p. 349-350.

dalla ricezione di un vantaggio, ma è sufficiente che il deputato conosca l'obiettivo del corruttore e si muova in quella direzione. In altre parole, secondo quest'impostazione, ciò che è necessario è che l'agente pubblico riceva un vantaggio, accolga l'indicazione d'azione a questo collegata e agisca in questo senso. E ciò perché – si afferma – già attraverso questa combinazione di circostanze si sviluppa inconfutabilmente l'impressione della suscettibilità del deputato a “mercanteggiare” la propria autonomia decisionale⁴⁶.

2.2.4. Ancora un requisito: il vantaggio ‘ingiustificato’ (*ungerechtfertigter Vorteil*)

Il vantaggio destinato al *Mandatsträger* deve essere *ingiustificato* (*ungerechtfertigter Vorteil*). Il comma 4 del § 108e StGB aggiunge poi che tale vantaggio non sussiste quando la relativa accettazione è coerente con le norme fondamentali che regolano lo *status* giuridico del membro di un organo rappresentativo o quando si ha riguardo di un *incarico politico* o di una *funzione politica*, così come di una *donazione conforme alla legge sui partiti o alle relative disposizioni*⁴⁷. La relazione alla legge di riforma dedica ampio spazio a questo elemento del *Tatbestand*, che non ha corrispettivo nelle altre fattispecie di corruzione previste dallo *Strafgesetzbuch*.

Con il rinvio alle norme fondamentali che regolano la posizione dei *Mandatsträger* si fa riferimento, per i membri del *Bundestag*, alla legge sui Deputati (*Abgeordnetengesetz*) e al codice di condotta dei membri del Parlamento tedesco (*Verhaltensregeln für Mitglieder des Deutschen Bundestages*)⁴⁸, che contengono le prescrizioni alle quali questi sono tenuti ad attenersi e le relative norme di attuazione. A loro volta gli organi rappresentativi dei *Länder* e degli enti comunali dispongono di analoghe norme di condotta, che possono allo stesso modo essere chiamate in causa nell'applicazione del § 108e StGB. Il parametro rispetto al quale condurre questo giudizio di conformità non è tuttavia limitato a tali disposizioni. La relazione alla legge specifica infatti che – quando manca una norma positiva a cui riferirsi – bisogna altresì

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Per la traduzione della norma in tedesco si veda *supra* nota n. 21.

⁴⁸ Queste sono contenute nel primo allegato del Regolamento del Parlamento tedesco (*Anlage 1 der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages*), consultabile in www.bundestag.de/parlament/aufgaben.

verificare se l'accettazione di un vantaggio corrisponda alle *consuetudini generalmente riconosciute dai membri di quell'organo*⁴⁹.

Si vuole in questo modo escludere la punibilità di tutte quelle condotte che trovano una giustificazione in norme *extra* penali o che risultano normalmente accettate in un determinato contesto. Ad esempio, il codice di condotta del *Bundestag*, all'art. 4, stabilisce il principio secondo cui un deputato è legittimato a ricevere donazioni o elargizioni in denaro per il sostentamento della propria attività politica. Questi è tuttavia tenuto a notificarne la ricezione al presidente dell'Assemblea e a dichiararne la provenienza, qualora l'ammontare superi i cinque mila euro annui. Lo stesso accade – indipendentemente dal valore – anche per tutti quei doni che un deputato riceveva in connessione con l'attività internazionale, la partecipazione ad eventi o manifestazioni in cui questi rappresenti il Parlamento tedesco o in generale con l'esercizio del proprio mandato⁵⁰. Di contro il § 44a, comma 2 della *Abgeordnetengesetz* afferma che i deputati non possono ricevere elargizioni in connessione con il proprio mandato e che sono altresì vietate le concessioni di vantaggi che hanno come unico scopo quello di fare in modo che gli interessi e le aspettative del donante possano essere rappresentati e realizzati in Parlamento. È inoltre proibito ai deputati accettare denaro per attività

⁴⁹ Cfr. *Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes, Erweiterung des Straftatbestandes der Abgeordnetenbestechung*, cit., p. 9. Nel testo tedesco: «Allerdings genügt es für ein „Im-Einklang- stehen“, wenn sich den maßgeblichen Vorschriften im Wege der Auslegung entnehmen lässt, dass das Mitglied zur Annahme des Vorteils berechtigt sein soll. Erst wenn dies nicht der Fall ist, fehlt es an einem Einklang und es ist zu prüfen, ob die Annahme des in Frage stehenden Vorteils parlamentarischen Gepflogenheiten entspricht».

⁵⁰ Riportiamo di seguito tutto il testo dell'articolo nella formulazione tedesca. § 4 (Spenden): «Ein Mitglied des Bundestages hat über Geldspenden und geldwerte Zuwendungen aller Art (Spenden), die ihm für seine politische Tätigkeit zur Verfügung gestellt werden, gesondert Rechnung zu führen. – Eine Spende, deren Wert in einem Kalenderjahr 5000 Euro übersteigt, ist unter Angabe des Namens und der Anschrift des Spenders sowie der Gesamthöhe dem Präsidenten anzuzeigen. – Spenden sind, soweit sie in einem Kalenderjahr einzeln oder bei mehreren Spenden desselben Spenders zusammen den Wert von 10000 Euro übersteigen, vom Präsidenten unter Angabe ihrer Höhe und Herkunft im Amtlichen Handbuch und auf den Internetseiten des Deutschen Bundestages zu veröffentlichen. – Für Spenden an ein Mitglied des Bundestages findet §25 Abs. 2 und 4 des Gesetzes über die politischen Parteien entsprechende Anwendung. – Geldwerte Zuwendungen 1) aus Anlass der Wahrnehmung interparlamentarischer oder internationaler Beziehungen, 2) zur Teilnahme an Veranstaltungen zur politischen Information, zur Darstellung der Standpunkte des Deutschen Bundestages oder seiner Fraktionen oder als Repräsentant des Deutschen Bundestages gelten nicht als Spenden im Sinne dieser Vorschrift; sie sind jedoch entsprechend Absatz 2 anzuzeigen und nach Maßgabe von Absatz 3 zu veröffentlichen. – Geldwerte Zuwendungen, die ein Mitglied des Bundestages als Gastgeschenk in Bezug auf sein Mandat erhält, müssen dem Präsidenten angezeigt und ausgehändigt werden; das Mitglied kann beantragen, das Gastgeschenk gegen Bezahlung des Gegenwertes an die Bundeskasse zu behalten. Einer Anzeige bedarf es nicht, wenn der materielle Wert des Gastgeschenks einen Betrag nicht übersteigt, der in den Ausführungsbestimmungen des Präsidenten festgelegt wird (§ 1 Absatz 4). – Der Präsident entscheidet im Benehmen mit dem Präsidium über die Verwendung angezeigter Gastgeschenke und rechtswidrig angenommener Spenden».

collaterali – che esulano dai compiti del mandato – se questi non svolgono effettivamente, quale controprestazione, una qualche funzione o servizio⁵¹. Se dunque queste (o altre) disposizioni *extra* penali vengono rispettate, *il vantaggio corrisposto sarà giustificato* e dunque, mancando un elemento del *Tatbestand*, il reato non potrà dirsi integrato.

Il comma 4 del § 108e StGB afferma altresì che non può mai considerarsi vantaggio ingiustificato un *incarico politico* o una *funzione politica*. La relazione alla legge spiega a questo riguardo che devono escludersi dal campo della rilevanza penale quei casi in cui un *Mandatsträger* sottomette le proprie convinzioni personali a quelle di una parte politica, con la promessa che in cambio riceverà la nomina o l'elezione ad uno specifico incarico o funzione⁵². Allo stesso modo non può parlarsi di vantaggio ingiustificato nel caso di una *donazione conforme alla legge sui partiti o alle relative disposizioni*. A quest'ultimo proposito fondamentale – come abbiamo già detto in precedenza – è il § 25, comma 2, n. 7 della *Parteiengesetz* che contempla il divieto per i partiti di ricevere elargizioni concesse *evidentemente allo scopo di ottenere un preciso vantaggio economico o politico*⁵³.

Questo ulteriore restringimento del raggio di applicazione del *Tatbestand*, a mezzo dell'elemento del *vantaggio ingiustificato*, è stato oggetto in dottrina di opinioni contrastanti. Da un lato, i favorevoli affermano che è inevitabile il ricorso ad un tale elemento normativo per permettere una maggiore facilità di delimitazione del campo della rilevanza penale e alla luce, soprattutto, del confronto con le omologhe figure incriminatrici dei codici penali stranieri e con i trattati internazionali sopracitati, in cui il

⁵¹ § 44a, Abs. 2 (*Ausübung des Mandats*): «Für die Ausübung des Mandats darf ein Mitglied des Bundestages keine anderen als die gesetzlich vorgesehenen Zuwendungen oder andere Vermögensvorteile annehmen. Unzulässig ist insbesondere die Annahme von Geld oder von geldwerten Zuwendungen, die nur deshalb gewährt werden, weil dafür die Vertretung und Durchsetzung der Interessen des Leistenden im Bundestag erwartet wird. Unzulässig ist ferner die Annahme von Geld oder von geldwerten Zuwendungen, wenn diese Leistung ohne angemessene Gegenleistung des Mitglieds des Bundestages gewährt wird. Die Entgegennahme von Spenden bleibt unberührt».

⁵² Cfr. *Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes, Erweiterung des Straftatbestandes der Abgeordnetenbestechung*, cit., p. 10. Nel testo tedesco testualmente: «Damit sollen die Fälle ausgeklammert werden, in denen ein Mandatsträger sich gegebenenfalls gegen die eigene Überzeugung parteiinternen „politischen“ Positionierungen unterwirft, um sich die Aufstellung als Kandidat oder die Wahl oder Ernennung in bestimmte politische Funktionen oder Ämter zu sichern».

⁵³ Nel testo tedesco, § 25, Abs. 2 della *Parteiengesetz* (Spenden): «Von der Befugnis der Parteien, Spenden anzunehmen ausgeschlossen sind: (...) 7. Spenden, die der Partei erkennbar in Erwartung oder als Gegenleistung eines bestimmten wirtschaftlichen oder politischen Vorteils gewährt werden (...)». Tale divieto è esteso dal § 4, comma 4 del codice di condotta dei deputati anche ai singoli membri del *Bundestag*.

vantaggio è sempre caratterizzato in termini di *ingiustizia* o di *illegittimità*. Nondimeno altri notano come sia ad ogni modo problematico, nel contesto politico, tracciare un confine tra ciò che è legittimo e ciò che è penalmente illecito, e che solo l'applicazione pratica della norma potrà dire se tale concetto è adeguato allo scopo⁵⁴.

A favore dell'introduzione di quest'ultimo elemento normativo, si sottolinea come per i partiti, così come per chi concorre ad un incarico elettivo, sia legittimo, oltre che incentivato dalla Costituzione, accettare donazioni e finanziamenti dai privati, fino a quando ciò non contenga in sé il pericolo che chi li riceve possa sottomettere la sua libera volontà alle direttive impartite dal donante. L'accettazione/concessione di vantaggi conforme a quelle norme *extra* penalistiche che regolano i finanziamenti alla politica è allora *giustificata* e non può in alcun modo rischiare di essere attratta nell'ambito della responsabilità penale. È vero che l'utilizzo dell'elemento normativo del *vantaggio ingiustificato* – stante la sua necessità di essere interpretato – comporta l'attribuzione di una eccessiva discrezionalità all'autorità giudiziaria, che si trova nella situazione di poter decidere arbitrariamente quando un vantaggio è lecito o meno. Ma tale problema trova rimedio attraverso l'elencazione esplicita di quelle norme che – se rispettate – scriminano l'ingiustizia del vantaggio⁵⁵.

I critici di quest'impostazione hanno invece sottolineato come non esistano di per sé vantaggi giustificati, ma che l'illegittimità di un'elargizione può derivare solo dalla sua connessione con un'azione del soggetto pubblico. Anche quei vantaggi che rientrano nelle categorie eccettuate dall'art. 108e StGB possono infatti essere ingiustificati se vengono preposti ad essere mezzo per corrompere. La conformità a norme *extra* penali o l'esiguità di un vantaggio sono solo indizi della mancanza di un accordo illecito; ma se quest'ultimo è stato posto in essere e viene provato, la tipologia del vantaggio non può in alcun modo scriminare il fatto. In altre parole, si può affermare che è inverosimile che un deputato si lasci corrompere esclusivamente a mezzo di un pranzo offerto. Se tuttavia sussiste un accordo illecito a questo proposito – ovvero il politico in ragione dell'invito a pranzo realizza, quale controprestazione, una specifica azione nell'ambito del suo mandato – la conformità di questo vantaggio alle consuetudini

⁵⁴ Cfr. J. STÜNKER, *Strafbarkeit der Einflussnahme auf Volksvertreter*, cit., p. 604-605.

⁵⁵ Cfr. B. HEINRICH, *Stellungnahme zum Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes*, cit., p. 31 ss.

parlamentari generalmente riconosciute nulla muta rispetto alla punibilità della condotta⁵⁶.

C'è poi chi guarda con preoccupazione ai *problemi di certezza giuridica* che una fattispecie incriminatrice così strutturata può ingenerare. L'ingiustizia del vantaggio non deriva qui dalla connessione corruttiva tra l'azione del soggetto pubblico e l'elargizione a lui concessa, ma da una valutazione ulteriore che ha come parametro, non solo le disposizioni *extra* penalistiche sulla posizione dei deputati o sui partiti, ma – stante quello che afferma la relazione alla legge – anche le *consuetudini politiche generalmente accettate* nell'organo di appartenenza del soggetto pubblico. Si è quindi evidenziato criticamente come un tale stato di cose comporti evidenti problemi di certezza giuridica, conferendo alla autorità giudiziaria la libertà di decidere arbitrariamente cosa corrisponda o meno alle *consuetudini politiche riconosciute* e quindi quali condotte possano dirsi effettivamente corruttive⁵⁷.

Infine, sempre in senso fortemente critico, è considerata una frontale violazione del principio della libertà di mandato *ex art. 38, comma 2 Grundgesetz* la possibilità di ritenere lecita la condotta di chi – venendo meno alle proprie autonome convinzioni – orienti il proprio voto in aula secondo le aspettative di un altro soggetto, ottenendo come controprestazione un miglior incarico politico o una ricandidatura alle successive elezioni⁵⁸.

2.2.5. *Un giudizio complessivo sulla fattispecie tedesca: il campo di applicazione troppo ristretto e l'inadeguatezza della risposta penale*

Una fattispecie di corruzione così strutturata rappresenta l'esito di un *iter* legislativo che ha cercato di tener conto il più possibile delle peculiarità del “contesto politico” e della particolare funzione di quei pubblici agenti che ricoprono un incarico elettivo per mandato. Tale sforzo del legislatore – indirizzato a distinguere il trattamento penale di questi soggetti da quello del restante novero dei pubblici funzionari – si è concretizzato nella previsione, all'interno della fattispecie, di ulteriori elementi costitutivi, fin'ora sconosciuti alle altre figure corruzione. Per la configurabilità del reato di cui al § 108e

⁵⁶ Cfr. M. KUBICIEL, E. HOVEN, *Das Verbot der Mandatsträgerbestechung*, cit., p. 352-353.

⁵⁷ Cfr. T. FISCHER, sub § 108e, cit., p. 911.

⁵⁸ Cfr. *Ivi*, p. 912.

StGB è infatti necessario provare la presenza di un *accordo illecito doppiamente qualificato*, in cui il vantaggio ricevuto dal *Mandatsträger* sia *ingiustificato* e la conseguente azione, nell'ambito delle sue competenze funzionali, sia eseguita *su mandato o direttiva* di chi ha corrisposto (o promesso) il vantaggio. Si è obiettato quindi che la nuova formulazione del reato preveda troppe riserve e requisiti di punibilità eccessivamente difficili da provare, che di fatto lasciano dubitare di una concreta possibilità di applicazione pratica della norma⁵⁹. Secondo i critici rimarrebbe dunque irrisolto il problema di distinguere – in modo tanto preciso quanto efficace – le forme illegittime di influenza sui decisori pubblici da quelle consentite. Abbiamo già ampiamente constatato le difficoltà nel raggiungere un tale obiettivo; e le critiche di ineffettività a cui è stata sottoposta la nuova fattispecie lasciano intendere che tale criticità non sia stata definitivamente superata.

Su questo terreno c'è chi, radicalmente, ha sollevato perplessità sulla capacità del diritto penale di regolare efficacemente la corruzione “in ambito politico”. Si è suggerito così da più parti l'opportunità di un abbandono del diritto penale a favore di disposizioni *extra* penalistiche che disciplinano particolari aspetti del funzionamento degli organi di rappresentanza – oltre che lo *status* giuridico dei membri che ne fanno parte – e che dovrebbero presidiare le zone grigie dove si annida il pericolo di futuri comportamenti corruttivi: a questo proposito si menzionano *in primis* le norme sul conflitto di interessi (nel caso in cui il pubblico agente svolga, oltre al mandato elettivo, attività lavorative collaterali), quelle sulla ricezione di donazioni o regali e sui relativi obblighi di pubblicazione e denuncia, infine quella legge – da più parti invocata – che dovrebbe regolare lo *status* dei lobbisti e la loro interazione con i decisori pubblici⁶⁰.

Nonostante le sottolineate difficoltà di formulazione della norma incriminatrice di cui al § 108e StGB, a nostro avviso, non ci si può tuttavia spingere fino al punto di proporre, per l'ambito politico, una rinuncia agli strumenti penalistici di contrasto al

⁵⁹ Cfr. T. FISCHER, *Dieses Gesetz ist ein Witz*, in *www.ziet.de*, 10 luglio 2014. L'Autore si esprime in termini molto critici nei confronti della legge: «Der neue Tatbestand ist nicht der behauptete große Wurf geworden, sondern Käse minderere Qualität – viel Luft, wenig Substanz. Die Löcher machen 95 Prozent des Volumens aus. So endet auch diesmal der Sprung in die weite Welt in den üblichen engen Tälern».

⁶⁰ Cfr. M. PEEK, *Strafrecht als Mittel der Bekämpfung politischer Korruption*, cit., p. 787 ss. Nello stesso senso M. GERIG, *Der rechtliche Rahmen für Lobbyisten*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2014, p. 247 ss. Cfr. anche S. SÜBE, *Politik und öffentliche Verwaltung*, in T. ROTSCHE (Hrsg.), *Criminal Compliance*, I Auflage, Baden Baden, 2015, Rn. 3 ss. L'autrice suggerisce di concepire l'ambito politico come quello dell'economia privata e quindi di predisporre, o comunque rafforzare dove già esistenti, quelle *regole di compliance* che possono svolgere un'efficace prevenzione contro la futura commissione di condotte penalmente rilevanti.

fenomeno corruttivo. È auspicabile, invece, che questi strumenti vengano affiancati da norme *extra* penali sempre più dettagliate, che – in chiave preventiva – disciplinino i rapporti tra la politica e il mondo dell'economia e della rappresentanza d'interessi.

CAPITOLO VI

CONSIDERAZIONI *DE JURE CONDENDO*: OPPORTUNITÀ DI UNA FATTISPECIE DI “CORRUZIONE POLITICA” ANCHE NEL CODICE PENALE ITALIANO

SOMMARIO: 1. Una fattispecie di corruzione “politica” nel codice penale italiano – 1.1. Il campo di applicazione soggettivo: gli agenti pubblici investiti della *funzione legislativa* e quelli che svolgono la *c.d. funzione di indirizzo politico*. – 1.2. Due caratteristiche della condotta tipica che è opportuno mutuare dalla fattispecie tedesca: il rapporto con una concreta azione di servizio e l’omesso riferimento ai doveri dell’ufficio. – 1.3. Un requisito da non mutuare: l’azione svolta “su mandato o direttiva” del corruttore. – 1.4. Punire anche la corruzione susseguente del “politico”? – 1.5. Il “vantaggio politico” come categoria esclusa dal campo di applicazione dei delitti di corruzione. – 1.6. Quale pena per la corruzione del “politico”?

1. Una fattispecie di corruzione “politica” nel codice penale italiano

Alla luce dell’esperienza maturata nell’ordinamento tedesco – come anche delle considerazioni svolte nella prima parte del nostro lavoro – ci sembra non inutile ipotizzare, in prospettiva di riforma, una nuova fattispecie di corruzione “politica” la cui formulazione, anche in Italia, possa essere più efficace e meglio in grado di tener conto delle peculiarità della funzione del gruppo di soggetti pubblici da noi preso in considerazione. A questo scopo nelle pagine che seguono si proverà ad abbozzare la proposta di una figura di corruzione specificatamente riservata ai “politici”, che sappia, da un lato, andare oltre le difficoltà applicative che i reati di corruzione in vigore hanno mostrato con riferimento a tali pubblici agenti; dall’altro, evitare preventivamente di esporsi alle critiche già subite dall’omologa disposizione dello *Strafgesetzbuch*.

1.1. Il campo di applicazione soggettivo: gli agenti pubblici investiti della funzione legislativa e quelli che svolgono la c.d. funzione di indirizzo politico

Prima di soffermarci specificatamente sulla formulazione della norma è necessario chiarire, in via preventiva, quale potrebbe essere il *campo d’applicazione soggettivo* della nuova fattispecie di corruzione di cui ipotizziamo l’introduzione, ovvero qual è il novero degli agenti pubblici ai quali il reato dovrebbe riferirsi.

Nel corso della prima parte del nostro lavoro ci siamo domandati se sia possibile individuare dei criteri oggettivi con i quali distinguere gli agenti pubblici che svolgono

un incarico politico/elettivo – caratterizzato da una grande ampiezza di poteri derivante dall’investitura popolare (parlamentari, consiglieri regionali e comunali, presidenti di Regione, sindaci) o da un rapporto fiduciario con soggetti “eletti” (ministri ed assessori) – dal restante novero dei pubblici ufficiali menzionati genericamente dall’art. 357 cod. pen. Disposizione quest’ultima che si occupa di definire quali siano i soggetti ai quali si riferiscono i delitti contro la pubblica amministrazione contenuti nel capo I del titolo II del codice penale (*Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*). Interessanti spunti in questo senso ci sono pervenuti dallo studio della Costituzione e di quella parte del diritto amministrativo che si occupa di definire i compiti che fanno capo ai singoli organi di cui si compone la pubblica amministrazione. Per quanto riguarda chi esercita la *funzione legislativa – membri della Camera dei Deputati, del Senato o consiglieri regionali* – la difficile assimilazione alla omnicomprensiva categoria dei pubblici ufficiali e, quindi, le ragioni che possono fondare il relativo trattamento differenziato agli effetti penali, si sono rinvenute direttamente dal dettato costituzionale, ed in particolare dallo *status* e delle prerogative ad essi garantite dalla Carta fondamentale. Come abbiamo messo in luce, l’assenza di un vincolo di mandato (art. 67 Cost.), l’irresponsabilità per le opinioni espresse ed i voti dati (art. 68, comma 1 Cost.) e la possibilità di svolgere la propria funzione senza essere assoggettati all’obbligo dell’*imparzialità* e del *buon andamento*, scegliendo quindi con assoluta libertà gli interessi, le categorie o, finanche, i singoli di cui divenire rappresentanti, pongono i soggetti che esercitano la funzione legislativa in una posizione peculiare, nettamente distinta da quella degli altri pubblici funzionari ed in grado di determinare conseguenze sull’applicabilità delle norme incriminatrici¹.

Più complesso è invece il discorso riguardo alla possibilità di rinvenire un criterio in grado di distinguere, tra i soggetti che svolgono la *funzione amministrativa*, coloro i quali sono investiti di un incarico elettivo (presidente di Regione, sindaco, consigliere comunale) o derivante dalla nomina fiduciaria da parte di un “eletto” (ministro, assessore regionale e comunale). Si è osservato a questo proposito come la legislazione vigente accomuni tutti i soggetti pubblici che ricoprono un incarico politico/elettivo, i quali sono chiamati a svolgere la c.d. *funzione di indirizzo politico*. Si tratta di un’attività che – a partire dagli anni ’90 ed in tutte le disposizioni di legge che si

¹ Cfr. *supra* cap. I, cap. 2.1.

riferiscono all'organizzazione della p.a. – è posta in contrapposizione alla c.d. *gestione amministrativa* e che si caratterizza, come abbiamo visto nei capitoli precedenti, per competenze e prerogative distinte da quelle del restante novero degli organi e dei funzionari pubblici².

Nel corso di questo lavoro (cap. II, III e IV) si è quindi messo in evidenza come tale distinzione – fin qui solo teorica – trovi conferma nel momento in cui si guarda alla prassi giurisprudenziale dei reati di *corruzione* (artt. 318 e 319 cod. pen.) e della nuova fattispecie di *traffico di influenze illecite* (art. 346 bis cod. pen.). Quando tali figure di reato coinvolgono i “politici” di cui si è detto, emergono infatti alcune difficoltà di applicazione e si riscontrano problemi nel distinguere – con chiarezza – il confine tra le condotte lecite e quelle penalmente rilevanti.

A questa stregua allora, sebbene il reato di cui al § 108e StGB si riferisca ad un gruppo di agenti pubblici più ristretto – ovvero i membri eletti in assemblee rappresentative di vario livello – ci sembra opportuno proseguire con l'ipotesi di lavoro che ci siamo dati all'inizio e che il successivo svolgimento della trattazione ci pare abbia confermato. La figura di cui ipotizziamo l'introduzione si potrà riferire quindi tanto agli agenti pubblici investiti della *funzione legislativa* (parlamentari, consiglieri regionali) quanto a quelli che, posti al vertice del proprio ente di appartenenza, svolgono la c.d. *funzione di indirizzo politico* (ministri, presidenti di Regione, sindaci, assessori regionali o comunali e consiglieri comunali). Attività quest'ultima che la legge distingue espressamente dalle restanti competenze dell'amministrazione, e che si caratterizza – lo abbiamo già visto – per competenze e prerogative affatto peculiari³.

Questa stessa impostazione è stata d'altra parte avanzata – seppur limitatamente al livello statale – anche nella dottrina tedesca, dove si è sottolineata l'irragionevolezza del riservare lo stesso trattamento penale ai semplici funzionari pubblici dell'amministrazione ed ai membri del Governo. Quest'ultimi infatti – per le peculiarità della funzione che svolgono e nonostante siano tradizionalmente annoverati, nella classica suddivisione dei poteri dello Stato, tra gli organi del potere esecutivo – andrebbero, al contrario, assimilati ai membri del Parlamento. Ciò perché entrambi agiscono prevalentemente in *ambito politico*, oltre che in ragione del ruolo di primo

² Cfr. *supra* cap. I, cap. 2.2.

³ Cfr. *supra* cap. I, par. 2.2.1.

piano che il Governo svolge nel procedimento legislativo, dal quale, in Germania, provengono circa l'80% delle proposte di legge poi esaminate dal Parlamento⁴.

1.2. Due caratteristiche della condotta tipica che è opportuno mutuare dalla fattispecie tedesca: il rapporto con una concreta azione di servizio e l'omesso riferimento ai doveri dell'ufficio

Due sono le caratteristiche della fattispecie tedesca che più delle altre sembrano utili ai nostri fini: *in primis*, il fatto che il *Tatbestand* del § 108e StGB metta al centro della propria descrizione il rapporto tra la dazione di un vantaggio e una concreta azione di servizio del soggetto pubblico; quindi, l'omessa caratterizzazione di questa azione come *contraria o conforme ai doveri dell'ufficio*. Queste due peculiarità della condotta tipica – per cui ha optato il legislatore tedesco – se mutate in un'ipotetica norma italiana, avrebbero il pregio di eliminare le difficoltà applicative delle fattispecie di corruzione “in ambito politico”, evidenziate nella prima parte del nostro lavoro.

Procediamo con ordine. La prima delle due caratteristiche qui menzionate – la necessità di provare un *rapporto tra la dazione (o promessa) di un vantaggio e una concreta azione di servizio del soggetto pubblico* – si contrappone a quell'impostazione che il legislatore italiano ha fatto propria con l'introduzione del reato di *corruzione per l'esercizio della funzione* (art. 318 cod. pen.); dove – abbandonato il riferimento ad uno specifico atto dell'ufficio – si punisce ora la condotta di chi, *per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri*, riceve indebitamente, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità, o ne accetta la promessa. Tale modifica⁵ si espone tuttavia alla critica di aver

⁴ Cfr. M. PEEK, *Strafrecht als Mittel der Bekämpfung politischer Korruption*, cit., p. 790 ss. L'Autore afferma infatti che: «Während die Regierung traditionell zur Exekutive im Sinne der Gewaltenteilung gerechnet wird, besteht in funktionaler Hinsicht eine große Nähe zwischen Regierung und dem Parlament als dem Hauptorgan der Legislative. Deutlich wird dies insbesondere, wenn man sich die Tätigkeit der Regierung im Zusammenhang mit Gesetzgebungsverfahren vor Augen führt. Rund 80% aller Gesetzesentwürfe, die in den Deutschen Bundestag eingebracht werden, sind Regierungsentwürfe. Mithin spricht vieles dafür, die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Abgeordneten derjenigen von Regierungsamtsträgern anzunähern».

⁵ Cfr. *supra* cap. II, par. 1. In particolare, il riferimento all'atto d'ufficio, previsto strettamente quale corrispettivo della retribuzione non dovuta, impediva la ricomprensione all'interno di questa fattispecie dei casi – sempre più frequenti – di c.d. *messa a libro paga* o di *asservimento della funzione pubblica*. Si tratta di quelle ipotesi di corruzione sistemica in cui l'indebita corresponsione di denaro o altra utilità ad un pubblico ufficiale sia effettuata in ragione dei vantaggi generici che il privato possa attendersi nell'esercizio futuro e ancora indeterminato delle sue funzioni, ovvero dei casi in cui la tangente non è stata finalizzata all'acquisto di questa o quella prestazione del soggetto pubblico, ma a creare e mantenere

fatto perdere all'art. 318 cod. pen. gran parte della sua capacità di tipizzazione, e quindi di essere in grado di attrarre nell'area del penalmente rilevante anche alcune attività che non solo appaiono lecite, ma che sembrano anche *incentivante* dall'ordinamento. Ci riferiamo in particolare al *finanziamento privato della politica* nelle sue varie declinazioni: quello dei partiti, dei singoli o delle campagne elettorali, che nel nostro Paese – in seguito alla recente abolizione del finanziamento pubblico ai partiti – è rimasta, tra l'altro, l'unica modalità a disposizione dei diversi attori politici per sostenere le proprie attività⁶.

Si è di fronte dunque – lo abbiamo mostrato nel corso del secondo capitolo – ad un pericolo di *over-criminalization*, nel momento in cui tale fattispecie trovi applicazione in “ambito politico”: ovvero con riferimento a quei pubblici agenti che, per concorrere ad un incarico elettivo, *necessitano di procurarsi risorse economiche* da parte di “finanziatori” che, verosimilmente, nutrono sempre un qualche interesse nella futura azione politica del soggetto beneficiato⁷. In una situazione di questo tipo – non venendo in aiuto la nuova formulazione dell'art. 318 cod. pen. a causa della sua scarsa capacità di tipizzazione – il riscontro della presenza di un'ipotesi corruttiva passerà allora attraverso l'indagine sul coefficiente psicologico, rappresentato dalla valenza attribuita dalle parti alla dazione o promessa, con tutte le conseguenze negative che possono derivarne in termini di certezza del diritto. Per gli agenti pubblici sopramenzionati più adatta sarebbe allora una fattispecie di corruzione come quella tedesca (§ 108e StGB), in cui permane l'ancoraggio *all'atto d'ufficio* e dalla quale si desume chiaramente la volontà del legislatore di considerare lecito il *sostegno generale della politica di chi riveste un incarico per elezione* anche tramite sovvenzioni in denaro⁸.

La nuova norma di corruzione dei “politici” di cui si ipotizza l'adozione dovrebbe poi prendere in considerazione anche il secondo elemento del *Tatbestand* tedesco sopramenzionato: ovvero l'omessa caratterizzazione dell'azione del pubblico agente –

“buoni rapporti” con politici e amministratori, istituendo una relazione stabile di interdipendenza d'interesse fra quest'ultimi e i privati.

⁶ Cfr. *supra* cap. II, par. 5 ss.

⁷ Ci si riferisce ad un sottoinsieme della categoria di pubblici ufficiali differenziata nel corso del primo capitolo: si tratterà in particolare di parlamentari, consiglieri regionali, consiglieri comunali, presidenti di Regione e sindaci, tutti accomunati dalla necessità di procurarsi risorse economiche per finanziare la propria attività politica.

⁸ Una soluzione di questo tipo è stata auspicata dalla giurisprudenza tedesca anche con riferimento ad alcuni soggetti pubblici (sindaci) che non rientravano nel campo di applicazione soggettivo del § 108e StGB ed ai quali si sarebbero dovuti applicare i reati di cui ai § 331 e 333 StGB, a loro volta, fattispecie di corruzione funzionale. Cfr. a questo proposito *supra* cap. II, par. 4.

oggetto del patto corruttivo – come *contraria o conforme ai doveri dell'ufficio*. L'illustrazione di alcuni casi concreti tratti dalla prassi giurisprudenziale italiana ci sembra abbia infatti offerto lo spunto – nella terza parte di questo lavoro – per mettere in luce l'inadeguatezza del reato di *corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio* (art. 319 cod. pen.) a descrivere le condotte corruttive riferibili, da un lato, agli agenti pubblici che sono investiti della *funzione legislativa* (parlamentari e consiglieri regionali); dall'altro, a quelle figure che – direttamente elette dal popolo o nominate in via fiduciaria da un eletto – svolgono, quali organi di vertice dell'ente d'appartenenza (statale, regionale o comunale), la c.d. *funzione di indirizzo politico* (ministri, presidenti di Regione, sindaci, assessori regionali o comunali e consiglieri comunali). E ciò – abbiamo visto – in ragione della difficile qualificazione, da parte dell'autorità giurisdizionale, degli atti funzionali come atti *contrari ai doveri d'ufficio*.

A) Per i parlamentari ed i consiglieri regionali tale difficoltà di sussunzione origina dalla peculiarità della funzione legislativa e dalle prerogative a questi garantite dalla Costituzione. Per prima cosa dall'art. 67 Cost. (riprodotto allo stesso modo da tutti gli Statuti regionali per i consiglieri regionali) il quale – sancendo l'*assenza di vincoli di mandato nell'agire del parlamentare* – fa sì che questi goda di una sostanziale libertà nella definizione delle finalità delle proprie attività, che giunge fino al punto da comportare il potere di decidere di quali interessi, ancorché parziali, farsi portatore⁹. Ne discenderebbe – abbiamo constatato – una sostanziale incapacità di individuare i doveri dell'ufficio in grado di divenire il parametro di un giudizio di legittimità degli atti ad opera dall'autorità giurisdizionale. Allo stesso modo, la prerogativa dell'*insindacabilità per le opinioni espresse e i voti dati ex art. 68, comma 1 Cost. (e art. 122, comma 4 Cost.)* determina l'impossibilità di configurare la corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio in connessione alle funzioni parlamentari (e dei consiglieri regionali) Per riscontrare la presenza del requisito dell'atto contrario ai doveri occorrerebbe infatti sindacare le motivazioni e le modalità di esercizio di tali funzioni, svuotando completamente di significato la prerogativa costituzionale, che sancisce l'*assoluta insindacabilità* – da parte dell'autorità giurisdizionale – *degli atti della funzione*

⁹ E, d'altra parte, questa assenza di doveri e direttive trova conferma in altri articoli della Costituzione, come l'art. 97 che impone il rispetto del principio di imparzialità e di buon andamento esclusivamente ai soggetti che rivestono incarichi amministrativi e non ai parlamentari (o ai consiglieri regionali). Cfr. a questo proposito *supra* cap. III, par. 3.3.

parlamentare (tutti sussumibili nella locuzione “opinioni espresse e voti dati”). Da ciò discende che la corruzione che ha come oggetto il voto o le prese di posizione di un parlamentare può solo essere *impropria* e mai *propria*¹⁰.

B) Più complesso è invece il discorso con riguardo ai soggetti che svolgono la c.d. *funzione di indirizzo politico*, ovvero quegli agenti pubblici ai quali – per il fatto di essere posti al vertice dell’ente d’appartenenza, in virtù di un’investitura politico/elettiva – viene riservato il potere di porre gli obiettivi dell’ente stesso e di definire i programmi da attuare. Dall’esame della giurisprudenza di legittimità è emerso come anche gli atti di questi soggetti – in cui l’amministrazione concretizza opzioni di fondo che sono il precipitato della volontà di privilegiare taluni interessi a scapito di altri – siano difficilmente riconducibili al concetto di atto contrario ai doveri dell’ufficio. Se, seguendo le indicazioni tratte dallo studio dell’evoluzione normativa del reato di *abuso d’ufficio*, si esclude infatti l’*eccesso di potere* dal novero dei vizi dell’atto amministrativo che possono essere oggetto del sindacato del giudice penale¹¹, rimane unicamente la possibilità di invocare la violazione di legge (o il vizio d’incompetenza, che altro non è se non l’infrazione di una particolare disposizione di legge). D’altra parte, con riferimento a quelle attività amministrative che concretizzano opzioni e punti di vista politici ed in cui gli agenti pubblici sono dotati di una discrezionalità amplissima, scarseggiano le norme di legge o di regolamento in grado di svolgere il ruolo di “unici” parametri di un giudizio di legittimità¹². Vacilla quindi il tipo della *corruzione propria*, tanto che – lo abbiamo già sostenuto in precedenza – anche in relazione ai soggetti che svolgono la c.d. *funzione di indirizzo politico*, sarebbe a nostro avviso opportuno andare oltre il dualismo *atto conforme/atto contrario ai doveri*.

Proprio in questa direzione si muove la fattispecie tedesca di cui al § 108e StGB, dove l’oggetto del patto corruttivo è *un’azione del mandato*, senza alcun riferimento alla sua contrarietà o conformità ai doveri.

¹⁰ Cfr. *supra* cap. III, par. 3.4.

¹¹ Per la trattazione approfondita di questo argomento cfr. *supra* cap. III, par. 4.3.

¹² Si è notato infatti nelle sentenze esaminate, come lo strumento attraverso cui affermare la contrarietà ai doveri d’ufficio degli atti in questione sia sempre stato quello controverso dell’*eccesso di potere*, non potendosi mai rinvenire, nei singoli casi concreti, precise norme di legge o di regolamento che vincolassero le relative attività. Cfr. *supra* cap. III, par. 4.4.

Da queste considerazioni ci sembra possibile trarre dunque una duplice conclusione. Due sono le caratteristiche che ci pare opportuno mutuare dalla fattispecie tedesca: da un lato, la necessità che l'elargizione (o la promessa) del denaro o di un'altra utilità si riferisca ad una *concreta azione/atto dell'ufficio* del soggetto pubblico; dall'altro, *l'omessa caratterizzazione di questa azione/atto come contraria o conforme ai doveri dell'ufficio* del pubblico agente.

1.3. Un requisito da non mutuare: l'azione svolta "su mandato o direttiva" del corruttore

Secondo il vigente testo del § 108e StGB, per andare incontro alla responsabilità penale l'eletto deve compiere (o omettere di compiere) un'azione concreta *su mandato o direttiva (eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung)* del corruttore. In altre parole, la norma richiede uno *stretto rapporto di causalità* tra il vantaggio ingiustificato e l'atto del deputato: non è sufficiente che il corruttore elargisca vantaggi per il generico esercizio della funzione, o che l'eletto riceva una somma di denaro affinché tenga posizioni già conformi ai propri convincimenti; il sostegno economico all'eletto – si evince dalla relazione alla legge – non è punibile quando ha di mira atti che corrispondono già alle posizioni politiche dell'agente pubblico e che di conseguenza non vengono direttamente influenzati dall'elargizione del vantaggio. Mentre i confini della rilevanza penale possono dirsi oltrepassati quando il deputato "si lascia comprare"; ovvero quando questi si sottomette agli interessi del corruttore e le modalità del suo agire sono dettate esclusivamente dalla prospettiva di ricevere un vantaggio¹³. L'introduzione dell'elemento dell'agire "su mandato o direttiva" sembra così condurre ad un significato restringimento del campo di applicazione della norma: non è infatti più sufficiente un rapporto di azione-controprestazione, ma si richiede una *causalità interna*, nella forma della totale sottoposizione della libertà d'azione del soggetto pubblico agli interessi del corruttore.

Rispetto a questo nuovo elemento del *Tatbestand*, non si può che concordare con quella parte della dottrina tedesca che lo ha aspramente criticato, proponendone

¹³ Per il testo della relazione alla legge cfr. *supra* cap. V, nota n. 40.

un'interpretazione restrittiva o – in prospettiva *de jure condendo* – l'abrogazione¹⁴. Tale elemento della condotta pone innanzitutto *excessive difficoltà probatorie*. È infatti per lo più impossibile riuscire a distinguere la situazione in cui il decisore pubblico non si sia lasciato condizionare dal vantaggio prospettatogli, ma lo abbia accolto solo come un motivo di rafforzamento della propria scelta d'azione, già precedentemente raggiunta in modo autonomo, da quella in cui questi abbia invece totalmente sottomesso la sua autonomia decisionale a quella del corruttore, assumendo una scelta che altrimenti non avrebbe preso. Lo stretto rapporto di causalità tra l'azione da compiere e il vantaggio ricevuto/promesso fissa inoltre troppo in alto la soglia di rilevanza penale della nuova norma incriminatrice. L'indipendenza nell'esercizio del mandato – che è l'oggetto di tutela della norma – non viene compromessa solo da una totale sottomissione del soggetto pubblico alla volontà del corruttore, ma anche quando questi consolidi le proprie decisioni alla luce dei vantaggi a lui concessi o prospettati. Una situazione di questo tipo ingenera in ogni caso un legame tra il privato e il deputato, il quale subirà quanto meno una limitazione nella sua libertà di cambiare opinione¹⁵.

A nostro avviso è meglio dunque evitare di mutuare dalla norma tedesca questo elemento della fattispecie, da più parti criticato. Per l'integrazione dell'ipotizzata nuova norma italiana di corruzione sarebbe dunque sufficiente che il soggetto pubblico riceva un vantaggio o la sua promessa, accolga l'indicazione d'azione ad esso collegata e agisca (o si riprometta di agire) in questo senso; indipendentemente dalla portata che l'elargizione ha avuto sul suo procedimento decisionale interno.

1.4. Punire anche la corruzione susseguente del "politico"?

Occorre ora soffermare lo sguardo sulla questione della c.d. *corruzione susseguente*, ovvero quell'ipotesi in cui l'agente pubblico riceva denaro o un'altra utilità *dopo* il compimento (o l'omissione) di un atto del suo ufficio. Si pensi, ad esempio, al caso in cui il ministro della sanità – dopo aver promosso un emendamento della legge finanziaria favorevole alle industrie del settore farmaceutico – riceva da una di queste

¹⁴ Cfr. *supra* cap. V, par. 2.2.3.

¹⁵ Cfr. M. KUBICIEL, E. HOVEN, *Das Verbot der Mandatsträgerbestechung*, cit., p. 349.

un cospicuo contributo in denaro a titolo di “ringraziamento” o remunerazione per l’atto compiuto.

Questa modalità della condotta corruttiva è ad oggi espressamente menzionata dell’art. 319 cod. pen. (corruzione per un atto contrario ai doveri d’ufficio); mentre sono stati sollevati dubbi circa la sua rilevanza penale nell’ambito della “nuova” *corruzione funzionale* ex art. 318 cod. pen.¹⁶. Nel corso dei lavori parlamentari si è infatti esplicitamente affermata l’abrogazione di tale ipotesi in relazione alla corruzione per l’esercizio della funzione¹⁷. La dottrina prevalente ha invece avallato l’opinione opposta: la nuova fattispecie – che parla genericamente di ricezione di denaro o altra utilità *per* l’esercizio della funzione – sembrerebbe infatti abbracciare tanto la corruzione antecedente quanto quella susseguente, non potendosi più tracciare una chiara distinzione tra le due figure¹⁸.

La norma tedesca, di contro, non prende in considerazione questa modalità della condotta corruttiva. La relazione alla legge modificativa dello *Strafgesetzbuch* specifica infatti che le *elargizioni successive*, eseguite per remunerare azioni già compiute, non sono ricomprese nel *Tatbestand*. Tuttavia rimane fermo che il reato *de quo* può dirsi compiutamente integrato anche quando il soggetto pubblico – per il compimento di un atto – richiede o si fa promettere un vantaggio che verrà da questi concretamente ottenuto solo dopo l’esecuzione (o omissione) dell’azione concordata¹⁹.

Occorre chiedersi allora quale delle due opzioni – la rilevanza penale o la liceità della corruzione susseguente – sia preferibile e, soprattutto, quale tenga maggiormente conto delle particolarità della funzione dei pubblici agenti qui considerati. Nella dottrina tedesca anche su questo punto le posizioni non sono unanimi. A favore della rilevanza

¹⁶ La precedente formulazione dell’art. 318, comma 2 cod. pen. (Corruzione per un atto d’ufficio) faceva invece espresso riferimento a questo caso: «Se il pubblico ufficiale riceve la retribuzione per un atto di ufficio da lui già compiuto, la pena è della reclusione fino a un anno».

¹⁷ Cfr. *Dossier di documentazione elaborato dal Servizio Studi della Camera dei deputati*, n. 513/2, 28 maggio 2012, consultabile al sito: www.documenti.camera.it/leg16/dossier/testi/AC0660B.htm.

¹⁸ Cfr. L. PISTORELLI, G. ANDREAZZA, *Una prima lettura della l. 6 novembre 2012, n. 190 (disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione)*, in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2012, p. 4; D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2012, suppl. n. 11, p. 8.; G. BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, n. 3-4, p. 8.

¹⁹ *Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes, Erweiterung des Straftatbestandes der Abgeordnetenbestechung*, cit., p. 7. Nel testo tedesco testualmente: «Zuwendungen für bereits vorgenommene Handlungen werden von § 108e StGB-E nicht erfasst. Allerdings reicht es für die Erfüllung des Tatbestandes aus, dass das Mitglied den Vorteil vor der Handlung bei der Wahrnehmung des Mandats fordert oder sich versprechen lässt, auch wenn er ihn erst nach der Vornahme der Handlung annimmt».

penale della corruzione susseguente si adducono le difficoltà probatorie cui darebbe luogo la soluzione contraria: bisognerebbe infatti dimostrare non solo la connessione tra l'azione e il vantaggio, ma anche che il momento in cui è intervenuto l'accordo illecito è precedente al compimento dell'atto concordato²⁰. D'altra parte, una soluzione restrittiva non garantirebbe sufficiente protezione al bene giuridico tutelato. Anche le remunerazioni successive – si è sostenuto – sono in grado di minare l'esercizio indipendente del mandato elettivo: chi le riceve sarà infatti indotto ad orientare l'esercizio della funzione in senso favorevole al donatore, nell'attesa di ulteriori vantaggi²¹.

In senso contrario – cioè nella direzione dell'esclusione della rilevanza penale – si afferma invece che punire la corruzione susseguente comporterebbe che qualsiasi donazione ad un partito, o ad un singolo politico, possa finire sotto la lente di ingrandimento dell'autorità inquirente, con l'accusa di rappresentare una remunerazione che trova fondamento in un precedente atto dell'ufficio²². D'altra parte – si è detto – l'indipendenza nell'esercizio del mandato non può mai essere pregiudicata quando l'azione del soggetto pubblico è già stata eseguita secondo coscienza ed il *pactum sceleris* interviene solo successivamente²³.

Da quest'ultimo rilievo – che condividiamo – si deduce la minore rilevanza offensiva di tale modalità della condotta, che ha spinto in passato parte della dottrina

²⁰ Cfr. M. PEEK, *Strafrecht als Mittel der Bekämpfung politischer Korruption*, cit., p. 825. Nella traduzione tedesca: «Auch wenn dies weder vom CLCOC noch von der UNCAC gefordert wird, sollten auch Vorteile in den Tatbestand einbezogen werden, die sich auf eine zurückliegende Handlung beziehen. Dies gebietet zum einen schon die systematische Einheitlichkeit mit den §§ 331ff. StGB, zum anderen würde eine Beschränkung auf zukünftige Handlungen erhebliche Beweisprobleme schaffen, da es nicht genügen würde, die Verbindung zwischen Handlung und Vorteil herzustellen, sondern es darüber hinaus noch erforderlich wäre nachzuweisen, dass die Unrechtsvereinbarung bereits vorab geschlossen wurde».

²¹ Cfr. E. HOVEN, *Die Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechung*, cit., p. 43-44. E anche M. KUBICIEL, E. HOVEN, *Das Verbot der Mandatsträgerbestechung*, cit., p. 347. Nella traduzione tedesca: «Die nachträgliche Gewährung von Belohnungen kann ihrem Empfänger durchaus auch einen Anreiz bieten, sein Verhalten künftig – in Antizipation weiterer Vorteile – an den Vorstellungen des Zuwendenden auszurichten. Die für Amtsträger angestellte Erwägung, mit der Pönalisierung nachträglicher Leistungen in § 331 StGB solle „jeder Anschein von Käuflichkeit“ vermieden werden, gilt für Abgeordnete in gleicher Weise. Das Vertrauen in die Integrität parlamentarischer Verfahren wird durch eine nachträgliche Kommerzialisierung des Mandates ebenfalls beeinträchtigt».

²² Cfr. J. STÜNKER, *Strafbarkeit der Einflussnahme auf Volksvertreter*, cit., p. 601.

²³ Cfr. B. HEINRICH, *Stellungnahme zum Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes*, cit., p. 38. Nella traduzione tedesca: «Im Gegensatz zu den §§ 331 ff. StGB, die das „Interesse der einzelnen Staatsbürger an einem ordnungsgemäßen Funktionieren der staatlichen Verwaltung und der Rechtsprechung“ schützen und daher auch schon dem Schein der Käuflichkeit des Amtsträgers entgegenwirken wollen, wird die Integrität parlamentarischer Prozesse und die Unabhängigkeit der Mandatsausübung durch eine nachträgliche Absprache und Vorteilsgewährung nicht beeinträchtigt».

italiana a dubitare persino della costituzionalità della figura della *corruzione susseguente*²⁴. A ciò va aggiunto che l'incriminazione di questa modalità della condotta, nell'ambito della nuova fattispecie riservata ai "politici", condurrebbe a quelle stesse difficoltà già riscontrate con riguardo alla *corruzione per l'esercizio della funzione* ex art. 318 cod. pen. Anche qui infatti il confine tra la rilevanza penale e la liceità della condotta passerebbe integralmente lungo il *crinale psicologico* rappresentato dalla valenza attribuita dalle parti alla dazione o promessa²⁵. Nulla oltre a questo sarebbe in grado di distinguere un caso di corruzione susseguente da quello di un finanziamento privato in tutto e per tutto lecito, dove una persona fisica o una società decida di supportare economicamente quella parte che – alla luce delle politiche adottate fino a quel momento – risponda maggiormente alle proprie convinzioni politiche ed ideologiche.

Da ciò discenderebbe quindi – lo abbiamo già sottolineato – il pericolo che qualsiasi donazione privata nei confronti di un soggetto pubblico con "incarichi politici" possa essere sospettata di avere un qualche collegamento con una precedente azione di servizio, vendendo così ad integrare un'ipotesi di *corruzione susseguente*. E ciò è particolarmente grave, in un contesto come quello in esame, dove già l'apertura di un'indagine può recare grave nocimento alla legittimazione ed alla stabilità delle istituzioni democratiche.

Il minore disvalore di questa modalità corruttiva e le gravi difficoltà della prova ci spingono dunque ad escludere la sua rilevanza nel contesto della figura di reato che stiamo ipotizzando.

1.5. Il "vantaggio politico" come categoria esclusa dal campo di applicazione dei delitti di corruzione

È necessario ora soffermarsi sulle caratteristiche del vantaggio ricevuto (o promesso) dal pubblico agente. Ci si chiede in altre parole se, per l'integrazione del reato da noi ipotizzato, possa rilevare qualsiasi vantaggio o, al contrario, se esistano alcune elargizioni "giustificate", che non possono in alcun modo essere oggetto di un

²⁴ Su tutti F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Temi*, 1968, p. 578.

²⁵ Cfr. *supra* cap. II, par. 1.

patto corruttivo. Abbiamo già visto infatti come il § 108e StGB specifichi che il vantaggio destinato al *Mandatsträger* deve essere *ingiustificato* (*ungerechtfertigter Vorteil*) e aggiunga – al comma 4 – che questo non può sussistere quando l'accettazione del vantaggio è coerente con le norme fondamentali che regolano lo *status* giuridico del membro di un organo rappresentativo o quando si tratta di un *incarico politico* o di una *funzione politica*, così come di una *donazione conforme alla legge sui partiti o alle relative disposizioni*. La relazione alla legge afferma inoltre che – quando manca una specifica norma a cui riferirsi – è necessario verificare altresì se l'accettazione di un vantaggio corrisponda alle *consuetudini generalmente riconosciute dai membri di quell'organo*²⁶.

Diversamente, le fattispecie di corruzione vigenti nell'ordinamento italiano – così come quella di concussione (art. 317 cod. pen.) – non parlano di “vantaggio ingiustificato”, ma si riferiscono alla prestazione del corruttore in termini di dazione o promessa di “denaro o altra utilità”. Questo elemento del reato è interpretato dalla dottrina maggioritaria – fatta salva qualche pur autorevole voce contraria²⁷ – in senso ampio, ricomprendendovi qualunque bene (o prestazione) che possa rappresentare un vantaggio per il pubblico ufficiale, abbia o meno un valore patrimoniale²⁸. Qualsiasi tipo di vantaggio sembrerebbe dunque suscettibile di essere oggetto del patto corruttivo²⁹.

A queste considerazioni va aggiunto però che nell'art. 318 cod. pen. (corruzione per l'esercizio della funzione) la ricezione dell'utilità da parte del pubblico ufficiale deve avvenire *indebitamente*, mentre nulla dice a questo riguardo l'art. 319 cod. pen. (corruzione propria)³⁰. Il riferimento al carattere indebito della prestazione – che d'altra

²⁶ Cfr. *supra* cap. V, par. 2.2.4.

²⁷ Cfr. S. SEMINARA, sub *art. 318*, in A. CRESPI, G. FORTI, G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al Codice penale*, V ed., Padova, 2008, p. 774.

²⁸ Cfr. C. BENUSSI, sub *art. 318*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, 2015, p. 232. In senso conforme anche A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principio di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la pubblica amministrazione*, tomo I, ed. X, Milano, 2008, p. 215.

²⁹ Una terza via nell'interpretazione di questo concetto è proposta da G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, V ed., Bologna, 2012, p. 227-228, i quali affermano che «nulla invero esclude che anche un vantaggio non patrimoniale si presti ad integrare una utilità rilevante ai fini del delitto di corruzione: ciò che a nostro parere è decisivo, è la possibilità di considerare tale vantaggio come retribuzione».

³⁰ Ma ciò – cfr. A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principio di diritto penale*, cit., p. 216 – solamente perché il carattere indebito della retribuzione è qui *in re ipsa*, essendo questa data o promessa per il compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio.

parte era presente anche nel previgente art. 318 cod. pen.³¹ – è da interpretare nel senso che, se quanto corrisposto o promesso dal privato è dovuto all'agente pubblico (o alla p.a.) *ex lege*, per consuetudine, o per altra disposizione *sub* legislativa³² «è escluso in radice ogni disvalore della condotta: emerge una completa adeguatezza sociale e manca il fatto tipico di cui alla disposizione»³³.

Uno schema, questo, che richiama, senza dubbio, quello adottato dallo *Strafgesetzbuch*, ma che tuttavia manca di determinatezza. Il legislatore italiano non ha infatti compiuto lo sforzo di tipizzare il concetto di “*indebitamente*”; contrariamente a quanto ha tentato di fare quello tedesco con la categoria dell'*ungerechtfertigter Vorteil*, esplicitata al comma 4 del nuovo reato di “corruzione dell'eletto” (*Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern*).

L'impostazione accolta nel § 108e StGB suscita in ogni caso perplessità. A nostro parere infatti, se la norma mette al centro della fattispecie la sussistenza di un *pactum sceleris*, che ha ad oggetto la dazione di un vantaggio contro la realizzazione di un atto del proprio mandato, e questo accordo viene provato, il fatto che quell'elargizione trovi corrispondenza in norme *extra* penalistiche – o nelle consuetudini generalmente riconosciute – non può valere a scriminare il fatto. Non esistono vantaggi di per sé giustificati: l'illegittimità di un'elargizione può derivare solo dalla sua connessione con una precisa azione del soggetto pubblico. Come hanno acutamente osservato alcuni autori nella dottrina tedesca, anche i vantaggi che rientrano nelle categorie eccettuate dall'art. 108e StGB possono infatti essere ingiustificati se vengono utilizzati come mezzo per corrompere³⁴. La conformità a norme *extra*-penali o l'esiguità di un

³¹ Ne riportiamo di seguito la formulazione anteriore alla riforma del 2012: «Art. 318 (Corruzione per un atto d'ufficio). Il pubblico ufficiale che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve, per sé o per un terzo, in denaro o altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. – Se il pubblico ufficiale riceve la retribuzione per un atto di ufficio da lui già compiuto, la pena è della reclusione fino a un anno».

³² Cfr. C. BENUSSI, *sub art. 317*, cit., p. 175. Cfr. inoltre V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, V ed., Torino, 1982, p. 229-230, il quale afferma che «se in concreto sussista o no una facoltà legittimatrice del fatto, è questione che occorre decidere di caso in caso, alla stregua delle norme giuridiche di servizio interno e di disciplina, che regolano l'ufficio o il servizio al quale appartiene l'imputato di corruzione. Anche la consuetudine non contraria alla legge o ai regolamenti, e ammessa o tollerata dalla pubblica amministrazione, può fondare la detta facoltà di dare o ricevere. L'Atto amministrativo, cioè l'autorizzazione, è efficace soltanto quando l'Autorità superiore abbia dalla legge o dalla consuetudine la giuridica facoltà, cioè la competenza di autorizzare la ricezione delle remunerazioni in discorso».

³³ M. ROMANO, *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2013, p. 177.

³⁴ Cfr. M. KUBICIEL, E. HOVEN, *Das Verbot der Mandatsträgerbestechung*, cit., p. 352-353.

vantaggio sono solo indizi della mancanza di un accordo illecito. Se la donazione ad un partito o ad un singolo deputato viene eseguita conformandosi alle norme sui limiti massimi e agli obblighi di trasparenza e di denuncia, tale circostanza non può di per sé escludere la sussistenza di un concreto accordo corruttivo: può ben accadere infatti che tra il privato e l'agente pubblico sussista comunque il patto che alla ricezione del denaro – effettuata secondo le prescrizioni di legge – faccia seguito una concreta azione di servizio nell'interesse del donante.

Un discorso diverso merita invece il caso – anche questo menzionato dal comma 4 del § 108e StGB – in cui all'agente pubblico sia prospettato l'ottenimento di un *vantaggio politico*. Riferendosi con questa espressione all'ipotesi in cui questi decida di compiere (o omettere) una precisa azione, come controprestazione per l'ottenimento, per esempio, di un futuro incarico di governo, di un miglior posizionamento nella lista elettorale alle prossime elezioni, della presidenza di una commissione parlamentare o, in generale, di un migliore incarico politico. Alla luce dell'interpretazione amplissima che la giurisprudenza³⁵ e la dottrina danno della nozione di *altra utilità*, anche questo genere di vantaggi dovrebbe indubbiamente essere ricompreso nell'ambito applicativo dei reati di corruzione oggi vigenti³⁶. La trasposizione di questi criteri ai soggetti pubblici che ricoprono un incarico politico/elettivo suscita tuttavia dei dubbi³⁷.

³⁵ In senso favorevole alla ricomprensione di un vantaggio politico nel concetto di “altra utilità si veda – seppur con riferimento al delitto di concussione – Cass. pen., sez. VI, 1 febbraio 2006, n. 21991, in *DeJure*, che ha ravvisato l'utilità nel vantaggio di natura politica, consistito nel liberarsi di un proprio avversario politico, provocandone le dimissioni. Isolatamente in senso contrario – sempre con riguardo all'art. 317 c.p. – cfr. invece Cass. pen., sez. VI, 30 gennaio 2002, n. 7669, Zulian, *Riv. pen.*, 2002, p. 352, che, ribadendo come il termine utilità stia ad indicare tutto ciò che per il p.u. può rappresentare un vantaggio, anche di natura non patrimoniale, ma comunque di tipo personale ovvero di carattere privatistico, ha tuttavia escluso che l'utilità squisitamente politica (il desiderio di ricompattare la maggioranza politica di cui egli stesso è espressione) possa assumere rilevanza nel delitto di concussione.

³⁶ Cfr. M. SCOLETTA, *Il “votomercato” parlamentare: fuori i mercanti dal tempio?*, in *www.ilricostituente.it*, 14 febbraio 2010, il quale afferma che: «non sarebbe possibile differenziare la rilevanza penale della condotta – come pure in questi giorni qualcuno ha sostenuto – sulla base del fatto che il “prezzo” del voto parlamentare sia pagato in termini di baratto politico piuttosto che monetizzato in termini economici: la fattispecie di corruzione, infatti, attribuisce indistintamente rilevanza alla promessa (e alla dazione) di “denaro” o di “altre utilità” e ciò consentirebbe di sindacare parimenti con la strumento penale anche tutte quelle contropartite politiche (ad esempio la promessa di un posto di governo, di una presidenza di commissioni parlamentari, di un seggio sicuro alle successive elezioni etc.) che – condivisibilmente o no – rientrano in una prassi normale della dialettica e della dinamica politica e che sarebbe impensabile estirpare brandendo l'ascia del diritto penale».

³⁷ Nello stesso senso cfr. F. COMPAGNA, *La corruzione del parlamentare: un archetipo costituzionalmente improprio*, in *Dir. pen. cont.*, 7 giugno 2016, p. 7-8, il quale afferma: «Se solo si considerano le ormai consolidate interpretazioni giurisprudenziali della nozione di “utilità” non si può non percepire con immediatezza che l'applicazione dei medesimi criteri all'attività politico-parlamentare

Nella letteratura italiana è stato *Tagliarini* – seppur con esclusivo riferimento ai parlamentari – a mettere per primo in luce questa antinomia: ha infatti osservato come sia fisiologico che il deputato svolga la propria opera per conseguire il favore del corpo elettorale e del proprio partito, nell’ottica di essere poi ricompensato con l’accesso a più alte cariche pubbliche, a più ampi poteri decisionali all’interno del partito, o con la certezza di una futura rielezione³⁸. Tutto ciò non comporta tuttavia il configurarsi del delitto di corruzione. Secondo l’Autore la dinamica sopradescritta costituisce infatti l’essenza del metodo democratico rappresentativo voluto dalla Costituzione, che trova la sua espressione nel *principio della libertà del mandato*³⁹. Sussiste quindi un *limite costituzionale esplicito all’operatività delle fattispecie corruttive in questi casi*: il conseguimento, l’accettazione di promesse, l’assumere interessi aventi per oggetto il favore dell’elettorato e dei partiti costituisce esercizio, da parte del parlamentare, di una fra le più rilevanti e dichiarate facoltà connesse col suo *status* di rappresentante di interessi, generali e particolari⁴⁰. È con questa stessa intenzione che il legislatore tedesco ha eccettuato dal concetto di “vantaggio ingiustificato” gli *incarichi politici* o le *funzioni politiche*.

Questa modalità dell’agire fondata su continui rapporti di scambio, in cui il singolo è indotto ad uniformarsi ad una certa linea di partito o di gruppo, al fine di ottenere avanzamenti di carriera o la stessa possibilità di mantenere la propria funzione per mezzo di una futura ricandidatura, rappresenta – ci pare – una caratteristica ineliminabile dell’attività politica che non è pensabile possa rientrare nel campo di azione del diritto penale. È inevitabile che durante le votazioni parlamentari giochino un ruolo fondamentale anche considerazioni di opportunismo politico. Ciononostante, anteporre le velleità di carriera alle convinzioni politiche/ideologiche può, senza dubbio, essere giudicato moralmente criticabile, ma non penalmente rilevante.

avrebbe ripercussioni assolutamente distoniche rispetto alla comune concezione della logica democratica e delle continue esigenze di compromesso che la caratterizzano».

³⁸ Cfr. F. TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale*, Milano, 1973, p. 230.

³⁹ Cfr. *Ivi*, p. 231, dove l’Autore afferma che tale principio «vieta che il parlamentare debba per vincolo di mandato imperativo legare le proprie scelte decisionali alla volontà dei rappresentati, ma non vieta che lo stesso volontariamente atteggi tali scelte in modo tale da conseguire (..) il favore elettorale dei propri rappresentati».

⁴⁰ Cfr. *Ibidem*. Contra G. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari. Natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Torino, 1979, p. 75 ss., il quale si oppone a questa visione di Tagliarini senza tuttavia prendere specificatamente in considerazione quei casi in cui i deputati agiscono in un determinato modo nell’ottica di ottenere, come contropartita, un vantaggio politico: una ricandidatura, un incarico di governo o all’interno dell’organizzazione del partito di appartenenza.

Resta allora da stabilire se quanto detto per la figura del parlamentare possa essere esteso anche agli altri pubblici agenti qui presi in considerazione e quindi – oltre ai consiglieri regionali, che non pongono particolari perplessità in quanto beneficiano delle stesse prerogative costituzionali dei deputati (art. 122, comma 4 Cost.) – a coloro i quali svolgono la c.d. *funzione di indirizzo politico* (ministri, presidenti di Regione, sindaci, assessori regionali o comunali e consiglieri comunali).

A ben vedere tali soggetti sono accomunati da una caratteristica: la loro relazione con la pubblica amministrazione – a differenza di quella del restante novero dei pubblici ufficiali – non è definita da un contratto di impiego a tempo indeterminato – che istaura un rapporto di servizio tra questi e la controparte pubblica – ma da un vero e proprio *vincolo di mandato*. Che è per taluni *elettivo* (parlamentari, consiglieri regionali e comunali, sindaci e presidenti di Regione), per altri *fiduciario* (ministri, assessori regionali e comunali), e comunque direttamente legato alla permanenza in carica di soggetti “eletti”⁴¹. In un contesto di questo tipo è allora fisiologico che le scelte d’azione siano influenzate anche da opportunismi, compromessi e rapporti di scambio legati al proprio avanzamento di carriera o comunque alla possibilità stessa di continuare a svolgere l’incarico in corso. Queste considerazioni giustificano a ben vedere la scelta del legislatore tedesco di escludere dalla nozione di *vantaggio ingiustificato* il c.d. *vantaggio politico* (*ein politisches Mandat oder eine politische Funktion*) e suggeriscono – ai fini della formulazione della nuova fattispecie di corruzione nel nostro codice penale – di tenerne ugualmente conto, anche in rapporto ai soggetti che svolgono la c.d. *funzione di indirizzo politico* (ministri, presidenti di Regione, sindaci, assessori regionali o comunali e consiglieri comunali).

1.6. *Quale pena per la corruzione del “politico”?*

Manca ora un ultimo profilo sul quale soffermarsi. Si tratta della questione del *quantum di pena* al quale sottoporre le condotte ascrivibili ai “politici”. Occorre chiedersi, in altre parole, se – in ragione del mandato *elettivo* o *fiduciario* dal quale

⁴¹ Nella letteratura tedesca sottolinea questa differenza ma con riguardo ai soli soggetti “eletti” B. HEINRICH, *Zur Notwendigkeit der Unterscheidung von Amtsträgern und Mandatsträgern bei der Gestaltung der strafrechtlichen Korruptionstatbestände*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, fasc. VI, 2016, p. 391-392.

deriva l'incarico pubblico – sia maggiore il disvalore penale dei fatti illeciti da questi commessi, rispetto a quelli analoghi posti in essere dal restante novero dei pubblici ufficiali.

La figura incriminatrice di cui al § 108e StGB prevede oggi – tanto per l'eletto quanto per il privato corruttore – una pena della *reclusione fino a cinque anni* o, in alternativa, la pena della multa. L'ultimo comma della disposizione specifica poi che il tribunale – nei casi in cui l'eletto sia stato condannato ad una pena di almeno sei mesi di reclusione – può infliggere, quale sanzione accessoria, una limitazione del diritto di voto attivo o passivo. Per quanto riguarda invece i delitti di corruzione degli *Amtsträger*, questi sono sottoposti alla reclusione dai sei mesi ai cinque anni in caso di *corruzione per atto contrario ai doveri* (§ 332, *Bestechlichkeit*); mentre la disposizione sulla corruzione funzionale (§ 331, *Vorteilsannahme*) prevede una pena detentiva fino a tre anni o la sanzione della multa. La fattispecie della corruzione dei *Mandatsträger* – nonostante assuma le sembianze di un reato di *corruzione impropria* – prevede quindi una pena analoga a quella della *corruzione propria* dei pubblici funzionari (§ 332, *Bestechlichkeit*).

Nel complesso più severe sono le sanzioni previste per i delitti di corruzione nel codice penale italiano: *da uno a sei anni* di reclusione, in caso di *corruzione per l'esercizio della funzione*, *da sei a dieci anni*, nell'ipotesi di *corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio*⁴².

Sotto questo profilo – quello del *quantum* della pena del § 108e StGB – ci sembra ragionevole la scelta del legislatore tedesco che, nell'ambito di una fattispecie incriminatrice meno ampia, ha voluto sanzionare *più gravemente* (con una pena analoga a quella del § 332 StGB) i fatti individuati come penalmente rilevanti. E ciò – crediamo – alla luce dell'importanza della funzione pubblica svolta dai soggetti attivi del reato: ovvero quegli agenti che – direttamente eletti dal popolo – ricoprono un incarico per mandato, che si connota per una particolare ampiezza di poteri e discrezionalità, che deriva loro direttamente dal vincolo elettorale. La condotta corruttiva di questi soggetti rappresenta allora un “*tradimento della fiducia*” in loro riposta: un “tradimento” di

⁴² La legge 27 maggio 2015, n. 69 ha innalzato i *quantum* di pena che erano stati a loro volta già inaspriti dalla l. 6 novembre 2012, n. 190. Per un commento alle modifiche introdotte nel 2015 cfr. V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in *Dir. pen. cont.*, 15 dicembre 2015. Per quanto riguarda i profili sanzionatori della legge n. 190 del 2012 si veda E. DOLCINI, *Appunti su corruzione e legge anti-corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 552 ss.

maggior gravità, proprio in ragione del *vincolo fiduciario personale* di cui sono stati investiti nel momento dell'elezione.

È una scelta di politica criminale che riteniamo condivisibile, ancora più nel contesto italiano, afflitto da decenni dal cancro della corruzione politica. Così come il § 108e StGB prevede una pena analoga a quella della *corruzione propria* dei pubblici funzionari (§ 332, *Bestechlichkeit*), la cornice edittale di un'ipotetica nuova fattispecie di *corruzione in ambito politico* potrà ricalcare quella della *corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio* (art. 319 cod. pen.).

Alla luce di tutto quanto si è detto, è possibile ora ipotizzare l'introduzione nel codice penale italiano della seguente disposizione.

“Corruzione in ambito politico”

“Il titolare di incarichi politici disciplinati da norme di diritto pubblico che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei a dieci anni.

La stessa pena si applica a chi dà o promette al titolare di incarichi politici disciplinati da norme di diritto pubblico denaro od altra utilità.

Ai fini del presente articolo, con l'espressione “titolare di incarichi politici disciplinati da norme di diritto pubblico” s'intendono: i membri della Camera dei deputati, del Senato, dei consigli regionali e comunali, i ministri, i presidenti di Regione, i sindaci, nonché i membri delle Giunte regionali e comunali.

Non rientra nel concetto di altra utilità qualsiasi incarico o vantaggio politico”.

CONCLUSIONI

Riepiloghiamo di seguito, in forma sintetica e per punti, le conclusioni della nostra indagine.

I. Il codice penale italiano prevede un *concetto monolitico di pubblica amministrazione*, che ne riflette l'idea 'forte' propria del periodo fascista. Questa impostazione di fondo – che trova conferma nella formulazione omnicomprensiva dell'art. 357 cod. pen. (è *pubblico ufficiale*, agli effetti della legge penale, chi *esercita una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa*) – non permette alcuna distinzione tra i pubblici agenti, i quali sono quindi destinatari delle medesime disposizioni incriminatrici del codice penale, comprese quelle in materia di corruzione.

II. È però, proprio per tale ragione, un'impostazione che rivela non poche criticità, in particolare nel momento in cui i soggetti attivi di una condotta penalmente rilevante ricoprano un incarico politico/elettivo, caratterizzato vuoi dalla particolare *ampiezza dei poteri* correlata all'investitura popolare (parlamentari, consiglieri regionali, presidenti di Regione, sindaci), vuoi da un *rapporto fiduciario* con soggetti "eletti" (ministri ed assessori). Abbiamo infatti visto nel corso del lavoro (cfr. *supra* cap. II, III e IV) come la configurabilità dei reati di corruzione nei confronti di questi soggetti – in ragione dello *status* che li caratterizza – risulti problematica. Abbiamo così ipotizzato, *de jure condendo*, un trattamento differenziato dal punto di vista delle figure incriminatrici loro riservate, che tenga effettivamente conto delle prerogative garantite dalla Costituzione in rapporto alla funzione esercitata.

A fronte delle criticità qui accennate, l'*ipotesi di lavoro* che ci siamo dati nel primo capitolo è stata quella di individuare possibili *criteri* che legittimino una distinzione dei "politici" dal restante novero dei pubblici agenti. Ipotesi che – lo abbiamo visto – trova conforto non solo nell'esperienza di altri ordinamenti (cfr. *supra* cap. I, par. 4), ma anche, sul piano interno, nella Costituzione e nel vigente diritto amministrativo.

a) Per quanto riguarda i soggetti che svolgono la *funzione legislativa* (parlamentari e consiglieri regionali), la difficile assimilazione alla omnicomprensiva categoria dei pubblici ufficiali – e quindi le ragioni che possono fondare il relativo trattamento

differenziato agli effetti penali – si rinvergono nei principi del sistema e, in particolare, nello *status* e nelle prerogative ad essi garantiti dalla Costituzione. Come abbiamo mostrato (cfr. *supra* cap. I, par. 2.1), l’assenza di un vincolo di mandato, l’irresponsabilità per le opinioni espresse ed i voti dati, la possibilità di svolgere la propria funzione senza essere assoggettati all’obbligo dell’*imparzialità* e del *buon andamento*, scegliendo quindi con assoluta libertà gli interessi, le categorie o, finanche, i singoli di cui divenire rappresentanti, pongono i soggetti che esercitano la funzione legislativa in una posizione peculiare, nettamente distinta da quella degli altri pubblici funzionari ed in grado di determinare conseguenze sull’applicabilità delle norme incriminatrici in materia di corruzione.

b) Più complesso è invece il discorso riguardo alla possibilità di rinvenire un criterio in grado di distinguere, tra i soggetti che svolgono la *funzione amministrativa*, quelli che ricoprono un incarico elettivo (presidente di Regione, sindaco, consigliere comunale) o derivante dalla nomina fiduciaria da parte di un “eletto” (ministro, assessore regionale e comunale). Si è osservato a questo proposito (cfr. *supra* cap. I, par. 2.2.1) come la legislazione vigente accomuni tutti soggetti pubblici che ricoprono un incarico politico/elettivo, i quali sono chiamati a svolgere la c.d. *funzione di indirizzo politico*. Si tratta di un’attività che – a partire dagli anni ’90 ed in tutte le disposizioni di legge che si riferiscono all’organizzazione della p.a. – è contrapposta alla c.d. *gestione amministrativa* e che si caratterizza per competenze e prerogative distinte da quelle del restante novero degli organi e dei funzionari pubblici. Una conclusione il cui valore – ai fini della nostra ipotesi di lavoro – non può essere scalfito dalla constatazione della scarsa utilizzazione della nozione di *atto politico*, in seguito al suo svuotamento operato della giurisprudenza (cfr. *supra* cap. I, par. 2.2.2. e 2.2.3).

III. Il primo problema applicativo delle norme di corruzione “in ambito politico” che abbiamo constatato riguarda la “nuova” *corruzione per l’esercizio della funzione ex art. 318 cod. pen.* Tale figura incriminatrice – che, abbandonato il riferimento all’atto d’ufficio, punisce ora l’accettazione di denaro o altra utilità *per l’esercizio della funzione* – espone il sistema ad un rischio di *iper criminalizzazione*, nel momento in cui trova applicazione con riferimento a quei *pubblici agenti che necessitano di procurarsi risorse economiche per poter concorrere ad un incarico elettivo* (cfr. *supra* cap. II, par.

1). La scarsa capacità di tipizzazione della nuova formulazione sembra infatti in grado di attrarre nell'area del penalmente rilevante anche le diverse forme di *finanziamento privato della politica*: quello dei partiti, dei singoli o delle campagne elettorali.

Questa tematica, che nell'ordinamento italiano non è ancora emersa nella prassi giurisprudenziale – in ragione del poco tempo trascorso dall'entrata in vigore dell'art. 318 cod. pen. riformato – si è posta con vent'anni d'anticipo nel sistema tedesco. In Germania infatti – dopo la riforma del 1997 – le fattispecie di cui ai § 331 (*Vorteilsannahme*) e 333 (*Vorteilsgewährung*) StGB hanno ampliato enormemente il loro ambito applicativo, ricomprendendovi anche la condotta di chi offre (il privato) o accetta (il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio) per l'*esercizio del servizio* un vantaggio per sé o per un terzo (cfr. *supra* cap. II, par. 2.1).

Dottrina e giurisprudenza tedesche hanno tentato allora di far fronte al cennato rischio di *iper criminalizzazione* in sede interpretativa, attraverso una restrizione del campo applicativo delle disposizioni incriminatrici. Particolarmente significativa è stata la sentenza *Kremendahl* (cfr. *supra* cap. II, par. 4) in cui il *Bundesgerichtshof* ha proposto un'interpretazione restrittiva del reato di accettazione di vantaggi (*Vorteilsannahme*) affermando che un pubblico agente (in questo caso un sindaco) non è punibile per il reato di cui al § 331 StGB quando il sostegno finanziario di cui ha beneficiato serve o deve servire solamente a che questi, dopo l'esito positivo delle elezioni, eserciti il suo mandato in un modo che corrisponda alla convinzioni generali politiche od economiche di chi dà il vantaggio. Se il pubblico ufficiale si mostra pronto, come controprestazione per il sostegno elettorale, a prendere o ad influenzare una decisione concreta in favore di chi dà il vantaggio, si dovrebbe invece concludere per la configurabilità del reato di cui al § 331 StGB.

V. L'esame della disciplina tedesca ci ha portato a concludere che, con riferimento ai *soggetti pubblici che concorrono ad incarichi elettivi* e che quindi necessitano di procurarsi risorse economiche, più adatta sarebbe una *fattispecie di corruzione impropria ancorata all'atto d'ufficio*. Una scelta analoga a quella compiuta del legislatore tedesco nella struttura del reato di *corruzione in cariche elettive* ex § 108e StGB, in cui permane l'espresso riferimento all'atto dell'ufficio (cfr. cap. II, par. 2.2.). Da tale norma – ad oggi applicabile ai soli membri direttamente eletti in assemblee

rappresentative, ma non ai sindaci o ai presidenti di un *Land* – si è desunta chiaramente la volontà del legislatore di ammettere il *sostegno generale della politica di chi riveste un incarico per elezione*, tramite anche sovvenzioni in denaro. Un'opzione, quest'ultima, più realista e che meglio si addice anche ad un sistema politico-istituzionale come quello italiano che – in seguito alla recente abolizione del finanziamento pubblico dei partiti – vede nel *finanziamento privato* l'unica modalità a disposizione degli *attori politici* per sostenere le proprie attività.

VI. Nel terzo capitolo si è poi cercato di mostrare l'inadeguatezza della *corruzione propria* ex art. 319 cod. pen. a descrivere le condotte corruttive riferibili, da un lato, agli agenti pubblici che sono investiti della *funzione legislativa* (parlamentari, consiglieri regionali), dall'altro, a quelle figure che – direttamente elette dal popolo o nominate in via fiduciaria da un eletto – svolgono, quali organi di vertice dell'ente d'appartenenza (statale, regionale o comunale), la c.d. *funzione di indirizzo politico* (ministri, presidenti di Regione, sindaci, assessori regionali o comunali e consiglieri comunali). Ciò in ragione della problematica qualificazione, da parte dell'autorità giurisdizionale, degli atti funzionali come *atti contrari ai doveri d'ufficio*.

a) Per i parlamentari ed i consiglieri regionali tale difficoltà di sussunzione origina, ancora una volta, dalla peculiarità della funzione legislativa e dalle prerogative a questi garantite dalla Costituzione (cfr. *supra* cap. III, par. 3). Per prima cosa dall'art. 67 Cost. (riprodotto allo stesso modo da tutti gli Statuti regionali per i consiglieri) il quale – sancendo l'assenza di vincoli di mandato nell'agire del parlamentare – fa sì che questi goda di una sostanziale libertà nella definizione delle finalità delle proprie attività, fino al punto da poter decidere di quali interessi, ancorché parziali, farsi portatore. D'altra parte, questa assenza di doveri e direttive trova conferma in altre disposizioni della Costituzione, come l'art. 97 che impone il rispetto del principio di *imparzialità* e di *buon andamento* esclusivamente ai soggetti che rivestono incarichi amministrativi e non ai parlamentari (o ai consiglieri regionali). Ne è discesa una sostanziale incapacità di individuare quei *doveri dell'ufficio* in grado di divenire il parametro di un giudizio di legittimità degli atti ad opera dall'autorità giurisdizionale. Allo stesso modo anche dalla prerogativa dell'*insindacabilità per le opinioni espresse e i voti dati* ex art. 68, comma 1 Cost. (e art. 122, comma 4 Cost.) si è dedotta l'impossibilità di configurare la

corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio in connessione alle *funzioni parlamentari*. Per delineare un tale reato – *rectius*, per riscontrare la presenza del requisito dell'atto contrario ai doveri d'ufficio – occorrerebbe infatti sindacare le motivazioni e le modalità di esercizio di tali funzioni, svuotando completamente di significato la prerogativa costituzionale. Si è concluso quindi che l'immunità per le opinioni espresse ed i voti dati esclude la responsabilità penale per questi atti e *degrada in ogni caso la corruzione, in connessione agli atti parlamentari, da propria a impropria*.

b) Più complesso – ancora una volta – si è rivelato poi il discorso con riguardo ai soggetti che svolgono la *funzione di indirizzo politico* (cfr. *supra* cap. III, par. 4). Dall'analisi della giurisprudenza di legittimità è emerso come anche gli atti di questi agenti pubblici – in cui l'amministrazione concretizza opzioni di fondo che sono il precipitato della volontà di privilegiare taluni interessi a scapito di altri – siano difficilmente riconducibili al concetto di *atto contrario ai doveri dell'ufficio*. Se, seguendo le indicazioni tratte dallo studio dell'evoluzione normativa del reato di *abuso d'ufficio* (cfr. *supra* cap. III, par. 4.3), si esclude infatti l'*eccesso di potere* dal novero dei vizi dell'atto amministrativo che possono essere oggetto del sindacato del giudice penale, rimane unicamente la possibilità di invocare la *violazione di legge* (o il vizio d'*incompetenza*, che altro non è se non l'infrazione di una particolare disposizione di legge). D'altra parte, con riferimento a quelle attività amministrative che concretizzano opzioni e punti di vista politici ed in cui gli agenti pubblici sono dotati di una discrezionalità amplissima, scarseggiano le *norme di legge o di regolamento* in grado di svolgere il ruolo di “unici” parametri di un giudizio di legittimità. Come abbiamo visto nella casistica giurisprudenziale, infatti, lo strumento attraverso cui affermare la contrarietà ai doveri d'ufficio degli atti in questione è sempre stato quello controverso dell'*eccesso di potere*, non potendosi mai rinvenire, nei singoli casi concreti, precise norme di legge o di regolamento che vincolassero le relative attività (cfr. *supra* cap. III, par. 4.4).

Anche in quest'ambito, dunque, è difficilmente configurabile il delitto di *corruzione propria*.

VII. Quanto si è detto circa la problematica configurabilità della *corruzione propria* con riferimento ai soggetti che ricoprono un incarico politico/elettivo vale anche, pari pari, con riguardo alla fattispecie di *traffico d'influenze illecite* (art. 346 bis cod. pen.). Anche ai fini di questa nuova figura di reato assume rilevanza centrale l'elemento dell'*atto contrario ai doveri di ufficio*: si punisce infatti il patto illecito tra il committente e il mediatore avente ad oggetto un'attività d'influenza volta ad indurre il pubblico agente al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o ritardo di un atto del suo ufficio.

Si è ribadito quanto detto con riguardo alle prerogative costituzionali garantite a beneficio di chi svolge la funzione legislativa – l'*assenza di vincoli di mandato* e l'*insindacabilità delle opinioni espresse e dei voti dati* –; garanzie che rendono, anche qui, particolarmente problematica l'individuazione e la valutazione dei doveri dell'ufficio di un parlamentare o di un consigliere regionale, che siano fatti oggetto di una pressione illecita. Ma il discorso non muta anche rispetto al *ruolo* e ai *limiti del giudice penale nello scrutinio degli atti amministrativi* degli agenti pubblici che svolgono la *funzione di indirizzo politico* nel proprio ente d'appartenenza. E abbiamo inoltre sottolineato come, trattandosi qui di una disposizione che incrimina condotte antecedenti – anche di molto – a quelle corruttive, è certamente più difficile per il giudice individuare l'atto del pubblico agente oggetto delle future pressioni del mediatore e, ancora di più, la sua eventuale *contrarietà ai doveri della funzione*.

VIII. Dal confronto con alcuni ordinamenti stranieri – in particolare quelli di Francia e Spagna – è stato tuttavia possibile rinvenire un'altra variante strutturale di questa figura incriminatrice che ha il pregio di andare oltre ai problemi sopraesposti. Esiste infatti un *modello alternativo di traffico di influenze illecite* il cui baricentro consiste nelle *modalità* di pressione che il mediatore si prefigge di porre in essere per influenzare l'agente pubblico (cfr. *supra* cap. IV, par. 3). Con norme di questo tipo la punibilità non dipenderà quindi dal tipo di atto – contrario o conforme ai doveri – ma dai mezzi e dalle modalità che il mediatore si impegna ad utilizzare per persuadere il pubblico ufficiale a prendere la sua decisione. Allo stesso modo lo studio dei lavori parlamentari che hanno preceduto l'introduzione della legge 190 del 2012 ci ha permesso di constatare come la

formulazione originale del reato di *traffico di influenze* – poi abbandonata – desse ugualmente esclusiva rilevanza alle *modalità della mediazione*.

IX. Una norma incriminatrice così strutturata – che ha il pregio di superare i problemi applicativi che porta con sé il riferimento all'*atto contrario ai doveri* – sarebbe sostenibile, tuttavia, solo a condizione di mettere a punto un'adeguata regolamentazione *extra penale* dell'attività di intermediazione, che possa meglio precisare gli altrimenti vaghi concetti di *sfruttamento delle relazioni esistenti, mediazione illecita o indebita dazione o promessa di denaro*. L'intermediazione a pagamento tra i privati e l'autorità pubblica infatti, lungi dall'essere censurabile in ogni caso, è anzi oggetto di professioni riconosciute: non solo quella “controversa” del lobbista, ma anche di diverse professioni legali.

Ci siamo chiesti allora se quest'enunciato – corredato dalla regolamentazione *extra penalistica* dell'attività lobbistica ad oggi all'esame del Parlamento – possa essere in grado di delimitare con precisione il campo della rilevanza penale, distinguendo chiaramente le condotte di pressione illecita da quelle lecite (cfr. *supra* cap. IV, par. 4). E ciò tenendo presente il disvalore che la fattispecie intende criminalizzare e che consiste nella messa in pericolo del *corretto e trasparente esercizio della pubblica funzione e della imparzialità della pubblica amministrazione*, che la norma tutela sanzionando comportamenti eventualmente prodromici all'accordo corruttivo. Ne sono derivati due diversi ordini di considerazioni.

a) Da un lato, abbiamo osservato che quando la condotta del mediatore consiste nel farsi dare o promettere denaro o altro vantaggio patrimoniale per remunerare il pubblico agente, indipendentemente dall'atto che si vuole ottenere – sia esso lecito o illecito, contrario o conforme ai doveri dell'ufficio – tale condotta è sempre in grado di porre in pericolo il corretto esercizio della pubblica funzione e l'imparzialità della pubblica amministrazione. L'accordo tra il mediatore e il privato con il quale ci si prefigge di ingerirsi nel processo decisionale del pubblico agente – non facendo valere le proprie ragioni ed i propri argomenti – ma prospettando a quest'ultimo la possibilità di un guadagno patrimoniale, quale corrispettivo per il compimento di un atto lecito o illecito, costituisce sempre un accordo prodromico ad un patto corruttivo e corrisponde quindi al disvalore individuato dalla norma.

b) Con riguardo invece alla c.d. *intermediazione a pagamento* – ovvero quando il mediatore tenga per sé il denaro quale prezzo della propria *mediazione* verso l’agente pubblico, e tale attività è illecita perché in contrasto con le disposizioni *extra* penali sull’attività di intermediazione oggi al vaglio del Parlamento – sorge la domanda circa l’*effettivo disvalore penale*. Abbiamo infatti osservato che l’attività lobbistica posta in essere in violazione di queste disposizioni, e quindi in modo occulto e non tracciato, senza tuttavia il proposito di remunerare l’agente pubblico, non sembra *inequivocabilmente* prodromica o preparatoria della corruzione, ma esclusivamente in grado di ingenerare un *sospetto* in questo senso. Condotte di questo tipo ci sono parse allora eccessivamente lontane da un’effettiva offesa al bene giuridico tutelato e quindi ragionevolmente arginabili attraverso strumenti sanzionatori *non penali*. Un’adeguata sanzione pecuniaria, così come la sospensione o cancellazione definitiva dal Registro pubblico dei rappresentanti di interessi – che comporta l’impossibilità di svolgere l’attività di intermediazione e di godere dei diritti e delle misure premiali riservate agli iscritti – appaiono infatti, a nostro avviso, mezzi appropriati a dissuadere i mediatori dallo svolgere attività di pressione in modo occulto o in violazione dei propri codici di comportamento.

X. In esito a queste considerazioni abbiamo quindi proposto una nuova formulazione del delitto di *traffico di influenze illecite*: «*Chiunque, fuori dai casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319 e 319 ter, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, per remunerare il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio, in relazione al compimento di qualsiasi atto della sua funzione, è punito con la reclusione ...*».

Una fattispecie così formulata – abbandonato il riferimento all’atto contrario ai doveri d’ufficio o al suo ritardo o omissione – ci sembra risolverebbe quei problemi applicativi prospettati in relazione ai “politici”, e che originano dalla problematica qualificazione, da parte dell’autorità giurisdizionale, dei loro atti funzionali come *atti contrari ai doveri d’ufficio*.

XI. Le difficoltà di applicazione che abbiamo fin'ora riscontrato con riguardo alle fattispecie di corruzione (artt. 318 e 319 cod. pen.) ed al reato di traffico di influenze illecite (art. 346 *bis* cod. pen.) in relazione ai “politici” ci hanno spinto ad interrogarci circa la possibilità di un *trattamento penalistico differenziato* di questi soggetti. Nell'ultima parte del nostro lavoro abbiamo tentato di ipotizzare una fattispecie corruttiva che riguardi esclusivamente questi agenti pubblici e che si in grado di superare i problemi applicativi sopraesposti.

Nel formulare questa proposta ci è parso interessante mettere a frutto l'esperienza dell'ordinamento tedesco. Lo *Strafgesetzbuch*, a differenza del codice penale italiano, non sposa infatti una concezione monolitica di pubblica amministrazione, ma differenzia dall'insieme dei pubblici ufficiali (*Amtsträger*) i c.d. *Mandatsträger*, ovvero gli agenti pubblici che, essendo stati eletti, ricoprono un incarico per mandato. A quest'ultimi il codice penale tedesco riserva un'autonoma figura incriminatrice di corruzione prevista dal § 108e StGB (*Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern*) e caratterizzata – come abbiamo visto nel dettaglio (cfr. cap. V, par. 2.2) – da elementi peculiari e da un campo di applicazione più ristretto rispetto a quello delle omologhe fattispecie destinate ai pubblici ufficiali (§ 331 ss. StGB).

XII. Siamo così giunti a proporre una nuova figura di “corruzione in ambito politico”, che ci sembra superi le difficoltà applicative che gli attuali reati di corruzione hanno mostrato con riferimento ai soggetti che ricoprono un incarico politico/elettivo.

“Corruzione in ambito politico”

“Il titolare di incarichi politici disciplinati da norme di diritto pubblico che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei a dieci anni.

La stessa pena si applica a chi dà o promette al titolare di incarichi politici disciplinati da norme di diritto pubblico denaro od altra utilità.

Ai fini del presente articolo, con l'espressione “titolare di incarichi politici disciplinati da norme di diritto pubblico” s'intendono: i membri della Camera dei

deputati, del Senato, dei consigli regionali e comunali, i ministri, i presidenti di Regione, i sindaci, nonché i membri delle Giunte regionali e comunali.

Non rientra nel concetto di altra utilità qualsiasi incarico o vantaggio politico”.

BIBLIOGRAFIA

- M. ALLEGRI, *Prime note sulle nuove norme in materia di democraticità, trasparenza e finanziamento dei partiti politici*, in www.osservatorioaic.it, 2014, fasc. 1.
- F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, XV ed., Milano, 2008.
- F. ANTOLISEI, *Sulla nozione di pubblico ufficiale*, in *Scritti in onore di Vincenzo Manzini*, 1954, p. 27 ss.
- V. BACHELET, *Evoluzione del ruolo e delle strutture della pubblica amministrazione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. II, Milano, 1977, p. 3 ss.
- G. BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, n. 3-4, p. 5 ss.
- P. BARILE, sub *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 220 ss.
- P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. IV, Padova, 1958, p. 27 ss.
- S. BARTON, *Der Tatbestand der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB)*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994, p. 1098 ss.
- F. BASSANINI, *Indirizzo politico, imparzialità della p.a. e autonomia della dirigenza, principi costituzionali e disciplina legislativa*, in *Nuova Rassegna*, 2008, p. 2257 ss.
- K. BECKEMPER, D. STAGE, *Einwerben von Wahlkampfspenden durch Amtsträger – Fall Kremendahl*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2008, p. 33 ss.
- M. BELLETTI, *“Torniamo allo Statuto”... regionale. La rappresentanza di genere nelle Giunte regionali tra atto politico, atto di alta amministrazione e immediata precettività delle disposizioni statutarie*, in *Giurisprudenza Corte costituzionale – anno 2012*, in www.forumcostituzionale.it.
- BENEDETTI, *Relazione della Giunta per le autorizzazioni a procedere. Domanda di autorizzazione a procedere in giudizio contro i deputati Carenini, Ciampaglia, Quaranta*, VI legislatura, doc. IV n. 75 A, 31 ottobre 1972, in www.storia.camera.it.
- C. BENUSSI, sub *art. 318*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, 2015, p. 214 ss.
- C. BENUSSI, sub *art. 319*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, 2015, p. 256 ss.

- C. BENUSSI, sub *art. 323*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, 2015, p. 463 ss.
- C. BENUSSI, sub *art. 346 bis*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, 2015, p. 864 ss.
- C. BENUSSI, sub *art. 357*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, 2015, p. 963 ss.
- C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, tomo I, ed. II, Milano, 2013.
- C. BENUSSI, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici ha ora natura regolamentare*, in *Dir. pen. cont.*, 18 giugno 2013.
- C. BERTOLINI, *Il deputato e il senatore corrotto*, in *Riv. pen.*, 1893, p. 329 ss.
- F. BILANCIA, *Ancora sull'atto politico e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 1163 ss.
- F. BIONDI, *L'abolizione del finanziamento pubblico diretto ai partiti politici e le regole introdotte dalla legge n. 13 del 2014*, in *Studium iuris*, 2014, fasc. 11, p. 1284 ss.
- F. BIONDI, *Disciplina dei gruppi parlamentari e controlli sui bilanci: osservazioni alle recenti modifiche ai regolamenti di Camera e Senato*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2012, fasc. 3.
- F. BLANDO, *"Atto politico" e "Stato di diritto" nella sentenza n. 81 del 2012 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Corte costituzionale – anno 2012*, in www.forumcostituzionale.it.
- C. BOLOGNA, sub *art. 67*, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova, 2008, p. 617 ss.
- F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Temi*, 1968, p. 563 ss.
- D. BRUNELLI, *Le disposizioni penali della legge contro la corruzione: un primo commento*, in www.federalismi.it, 5 dicembre 2012.
- F. CAMPAGNA, *Illecito penale ed insindacabilità parlamentare*, Napoli, 2012.
- E. CAPALOZZA, *L'immunità parlamentare e l'art. 68, primo comma, della Costituzione*, in *Scritti giuridico-penali (1932-1962)*, Padova, 1962, p. 319 ss.

- L. CARLASSARE, *Politica e amministrazione nella Costituzione italiana*, in *Indirizzo politico e Costituzione. A quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, Milano, 1998, p. 67 ss.
- C. CARUSO, *I casi "Speciale", "Petroni", "Sgarbi": sindacabilità dell'atto politico?*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 381 ss.
- H. CAROLI CASAVOLA, *La disciplina della politica. Il finanziamento della politica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, fasc. 2, p. 293 ss.
- A. CERRI, *Dubbi sugli attuali indirizzi in materia di immunità per voti dati ed opinioni espresse - spunti ricostruttivi*, in *Giur. cost.*, 1985, p. 492 ss.
- V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, III ed., Torino, 2012.
- V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti di «alta amministrazione»*, in *Diritto pubblico*, 1/2009, p. 101 ss.
- E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1968.
- L. CIAURRO, sub art. 67, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 1287 ss.
- V. CINGANO, *I riflessi della riforma costituzionale del 2001 sulla possibilità per le regioni e gli enti locali di emanare atti politici: evoluzione giurisprudenziale*, in *Quad. reg.*, 2009, p. 815 ss.
- F. CINGARI, *Sul traffico di influenze illecite*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, fasc. 4, p. 479 ss.
- F. CINGARI, *Gli incerti confini del delitto di corruzione per l'esercizio della funzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, fasc. 8, p. 962 ss.
- F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto integrato*, Torino, 2012.
- C. COLAPIETRO, *Politica e amministrazione: riflessioni a margine di un rapporto controverso*, in www.federalismi.it, 16 maggio 2012.
- F. COMPAGNA, *La corruzione del parlamentare: un archetipo costituzionalmente improprio*, in *Dir. pen. cont.*, 7 giugno 2016.
- G. CONTENTO, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi, con particolare riferimento agli atti discrezionali*, in *Reati contro la pubblica amministrazione poteri del magistrato e discrezionalità amministrativa*, in *Quad. Csm*, 1991, p. 13 ss.

- G. CONTENTO, *Il sindacato del giudice penale sugli atti e sulle attività della Pubblica Amministrazione*, in A. M. STILE (a cura di), *La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1987, p. 81 ss.
- L. CONTRADA, *Le differenze tra la violazione del dovere interno e del dovere esterno nel reato di corruzione*, in *Riv. pen. econ.*, 1997, p. 301 ss.
- G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, V ed., Torino, 2010.
- P. CRAMER, *Zum Vorteilsbegriff bei den Bestechungsdelikten*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, p. 945 ss.
- V. CRISAFULLI, L. DAMIANO, *Nazione*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, p. 787 ss.
- L. CRIVELLARI, *Commento del nuovo codice penale italiano*, vol. VI, Torino, 1895.
- G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973.
- F. CUOCOLO, *Alta amministrazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991.
- H. DAHS, B. MÜSSIG, *Strafbarkeit kommunaler Mandatsträger als Amtsträger? Eine Zwischenbilanz*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2006, p. 191 ss.
- G. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso di ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1633 ss.
- M. DEITERS, *Voraussetzungen einer Vorteilsgewährung im Fall der Einladung hochrangiger Amtsträger*, in *Zeitschrift für das Juristische Studium*, Heft 5, 2009, p. 578 ss.
- C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Padova, 1983.
- R. DICKMANN, *La contribuzione su base volontaria ai partiti politici prevista da decreto legge n. 149 del 2013. Molte novità ed alcuni dubbi di costituzionalità*, in www.federalismi.it, 5 marzo 2014.
- R. DICKMANN, *L'atto politico questo sconosciuto*, in *Giurisprudenza Corte costituzionale – anno 2012*, in www.forumcostituzionale.it.
- S. DIETRICH, H. SCHATZ, *Sicherung der privaten Drittmittelförderung*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2001, p. 521 ss.
- G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico*, Milano, 1984.
- A. DI MARTINO, *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, in B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 355 ss.

- E. DOLCINI, *Appunti su corruzione e legge anti-corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 527 ss.
- E: DOLCINI, F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, n. 1, p. 232 ss.
- D. DÖLLING, *Anmerkung vom Urteil BGH 28 ottobre 2004 – 3 StR 301/3*, in *Juristische Rundschau*, 2005, Heft 12, p. 519 ss.
- D. DÖLLING, *Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2000, p. 334 ss.
- C. D'ORTA, *La riforma della dirigenza: dalla sovrapposizione alla distinzione fra politica e amministrazione?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. I, 1994, p. 151 ss.
- A. ESER, „Sozialadäquanz“: *eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, p. 199 ss.
- V. FANTI, *L'atto politico nel governo degli enti locali*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 433 ss.
- G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014.
- G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, V ed., Bologna, 2012.
- T. FISCHER, sub § 108e, in *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, LXIII Auflage, München, 2016, p. 903 ss.
- T. FISCHER, sub § 331, in *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, LXIII Auflage, München, 2016, p. 2477 ss.
- T. FISCHER, *Dieses Gesetz ist ein Witz*, in *www.ziet.de*, 10 luglio 2014.
- L. FOTI, *Modifiche alla legge sui rimborsi elettorali e dibattito sul finanziamento pubblico ai partiti*, in *www.rivistaaic.it*, 2012, fasc. 3, p. 12 ss.
- R. FRANCUSKI, *Die Neuregelung der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB)*, in *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS)*, 2014/6, p. 220 ss.
- M. GAMBARDELLA, *Dall'atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione "impropria"*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 15 ss.
- M. GAMBARDELLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale nel delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 2013, fasc. 7-8, p. 2860 ss.
- M. GAMBARDELLA, *Considerazioni sulla violazione di norme di legge nel nuovo delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2335 ss.

- A. GARGANI, *Le fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il “sentiero interrotto della tipicità del fatto*, in *Dir. pen proc.*, 2014, fasc. 9, p. 1029 ss.
- G.B. GARRONE, *Atto di alta amministrazione*, in *Dig. pubbl.*, Torino, 1987, p. 538 ss.
- G.B. GARRONE, *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in *Dig. pubbl.*, Torino, 1987, p. 544 ss.
- G.L. GATTA, *La repressione della corruzione negli Stati Uniti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, fasc. 3, p. 1281 ss.
- M.P. GENESIN, *L’attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, Napoli, 2009.
- M. GERIG, *Der rechtliche Rahmen für Lobbyisten*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2014, p. 247 ss.
- M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e diritto*, 1941, p. 439 ss.
- M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.
- F. GIANNITI, *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, Milano, 1970.
- F. GIANNITI, *Il problema della corruzione del pubblico ufficiale dotato di potere discrezionale*, in *La scuola positiva*, 1969, p. 186 ss.
- C. F. GROSSO, *I delitti contro la p.a.*, in *Codice penale. Parte speciale*, in F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY (diretto da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, vol. IV, II ed., Torino, 1984, p. 165 ss.
- C.F. GROSSO, M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, in C. F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2015.
- G. GROTTANELLI DE’ SANTI, *Atto politico e atto di governo*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988.
- G. GUARINO, *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 3 ss.
- E. GUICCIARDI, *L’atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937.

- A. GULLO, *Le immunità come limite alla tutela penale? Una riflessione sull'insindacabilità nel quadro della sistematica del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 178 ss.
- B. HEINRICH, *Zur Notwendigkeit der Unterscheidung von Amtsträgern und Mandatsträgern bei der Gestaltung der strafrechtlichen Korruptionstatbestände*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, fasc. VI, 2016, p. 382 ss.
- B. HEINRICH, *Stellungnahme zum Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes – Erweiterung des Straftatbestandes der Abgeordnetenbestechung*, in www.bundestag.de, 12 febbraio 2012.
- E. HOVEN, *Die Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechung. Wege und Ziele einer Reform des § 108e StGB*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2013/1, p. 33 ss.
- W. JÄCKLE, *Abgeordnetenkorruption und Strafrecht – Eine unendliche Geschichte?*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2012, p. 97 ss.
- U. KINDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, VII Auflage, Bonn, 2015.
- C. KNAUER, J. KASPAR, *Restriktives Normverständnis nach dem Korruptionsbekämpfungsgesetz*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2005, p. 393 ss.
- P. KÖNIG, *Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozeßrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?*, in *Deutsche Richterzeitung*, 1996, p. 357 ss.
- M. KORTE, *Einwerben von Wahlkampfspenden durch Amtsträger – Fall Kremendahl*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2008, p. 341 ss.
- M. KORTE, *Anwendungsbereich des Tatbestands der Vorteilsannahme – Drittmittel*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2003, p. 156 ss.
- V. KREY, M. HEINRICH, U. HELLMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil (Band 1)*, XVI Auflage, Stuttgart, 2015.
- M. KUBICIEL, E. HOVEN, *Das Verbot der Mandatsträgerbestechung – Strafgrund und Umfang des neuen § 108e StGB*, in *Neue Kriminalpolitik*, 2014/4, p. 339 ss.
- H. LESCH, *Anwaltliche Akquisition zwischen Sozialadäquanz, Vorteilsgewährung und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*, in *Anwaltsblatt*, 2003, Heft 5, p. 261 ss.

- G. LONG, sub *art.* 68, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Le Camere*, tomo II, Bologna-Roma, 1986, p. 185 ss.
- E. LORIA, *Con la valutazione esclusiva del sindaco cade l'obbligo della comunicazione d'avvio*, in *Guida al diritto*, 10 marzo 2007, n. 10, p. 76 ss.
- M. MAIWALD, *La disciplina della corruzione nella Repubblica federale tedesca*, in G. FORNASARI, N.D. LUISI (a cura di), *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali, Atti del convegno Trento 18 e 19 maggio 2001*, Padova, 2003, p. 273 ss.
- L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, vol. I, Torino, 1915.
- V. MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1999, fasc. VI, p. 390 ss.
- A. MANNA, *Corruzione e finanziamento illegale ai partiti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 116 ss.
- T. MANSO PORTO, *Corrupción y "compraventa" del voto de los diputados y demás mandatarios políticos a la luz del derecho penal español y alemán: los casos Wuppertal, Camas y Arrecife*, in L.M. PUENTE ABA (a cura di), *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción*, Barcellona, 2015, p. 381 ss.
- V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, V ed., Torino, 1982.
- G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015.
- G. MARINI, *Criterio soggettivo e criterio oggettivo nell'interpretazione degli articoli 357-358 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, p. 568 ss.
- T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XII ed., Milano, 2010.
- T. MARTINES, sub *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, Milano, 1971, p. 134 ss.
- B. G. MATTARELLA, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, IV ed., Milano, 2012, p. 249 ss.
- S. MASSI, *Atto vincolato, atto discrezionale e «asservimento» del pubblico agente nella struttura della corruzione propria*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p. 271 ss.
- R. MAURACH, F.C. SCHROEDER, M. MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil (Teilband 2)*, X Auflage, München, 2012.
- L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo. Parte generale*, IV ed., Bologna, 2005.

- I. MERENDA, *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, in *Dir. pen. cont.*, 15 febbraio 2013.
- A. MERLI, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. cont.*, 16 novembre 2012.
- R. MICHALKE, *Drittmittel und Strafrecht – Licht am Ende des Tunnels?*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, p. 3381 ss.
- M. B. MIRRI, *Corruzione propria e corruzione impropria tra Costituzione e politica legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 427 ss.
- V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in *Dir. pen. cont.*, 15 dicembre 2015.
- V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale “multilivello” dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Napoli, 2012.
- M. MONTANARI, *Dove eravamo rimasti? La riforma dei delitti di corruzione al vaglio delle organizzazioni internazionali. Le valutazioni in materia nei rapporti del GRECO e del WGB*, in *Dir. pen. cont.*, 9 ottobre 2014.
- M. MONTANARI, *La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali. I rapporti dell'Unione europea, del Working Group on Bribery dell'OCSE e del GRECO concernenti il nostro Paese*, in *Dir. pen. cont.*, 1 luglio 2012.
- R. MORETTI, *Sui limiti delle immunità parlamentari*, in *Giur. cost.*, 1976, p. 751 ss.
- M. MORLOK, *Finanziamento della politica e corruzione: il caso tedesco*, in *Quad. cost.*, 1999, p. 257 ss.
- C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975.
- C. MORTATI, *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941, II, p. 1 ss.
- A. MOZZATI, *La natura politica e l'insindacabilità degli atti di revoca degli assessori provinciali e comunali*, in *Foro amm. Tar*, 2004, fasc. 12, p. 3673 ss.
- H. NIEHAUS, *Zur Korruptionsstrafbarkeit kommunaler Mandatsträger. Zugleich Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 9.5.2006 – 5 St StR 453/05*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2008, p. 49 ss.

- M. NIGRO, *Lineamenti generali*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984, p. 800 ss.
- P. NUVOLONE, *Brevi note sul concetto penalistico del pubblico ufficiale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1940, p. 48 ss.
- V. OTTAVIANO, *Merito (diritto amministrativo)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. X, Torino, 1964, p. 575 ss.
- H. OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, VII Auflage, Berlin, 2005, § 99
- T. PADOVANI, *Il traffico di influenze illecite? Una boiata pazzesca*, in *www.ilfoglio.it*, 7 aprile 2016.
- T. PADOVANI, *Diritto penale*, Torino, 2012.
- T. PADOVANI, *La messa a “libro paga” del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *Guida al diritto*, 1 dicembre 2012, n. 48, p. IX ss.
- T. PADOVANI, *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Corr. Giur.*, 1990, p. 540 ss.
- A. PAGLIARO, *L’antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d’ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, I, p. 106 ss.
- A. PAGLIARO, *Brevi note sulla riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *L’indice penale*, 1989, p. 27 ss.
- A. PAGLIARO, *Corruzione per il compimento di atto discrezionale*, in *Giur. cost., Suppl. al n. 10*, 1979, p. 443 ss.
- A. PAGLIARO, *La retribuzione indebita come nucleo essenziale dei delitti di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 57 ss.
- A. PAGLIARO, *Immunità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 213 ss.
- A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la pubblica amministrazione*, tomo I, ed. X, Milano, 2008.
- F. PALAZZO, *Gli “effetti preterintenzionali” delle nuove norme penali contro la corruzione*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 15 ss.
- F. PALAZZO, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d’insieme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 815 ss.
- R. PANNAIN, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1966.

- A. PATRONI GRIFFI, *La dimensione costituzionale del rapporto tra politica e amministrazione nel dettato della Costituzione e nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Il lav. pubbl. amm.*, 2009, p. 273 ss.
- A. PATRONI GRIFFI, *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica*, Napoli, 2002.
- A. PAVAN, *Anche la revoca delle più alte cariche dell'amministrazione dello Stato è soggetta al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo*, in *Giur. mer.*, 2008, V, p. 1437 ss.
- C. PEDRAZZI, *Millantato credito, trafic d'influence, influence peddling*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 913 ss.
- M. PEEK, *Strafrecht als Mittel der Bekämpfung politischer Korruption: Zur Reform des Tatbestandes der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB)*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2008, Heft, 4, p. 785 ss.
- M. PERINI, *Atto politico e atto di governo (postilla di aggiornamento)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2007.
- P. PERLINGIERI, M. PARRELLA, sub art. 68, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Commento alla Costituzione italiana*, II ed., Napoli, 2001, p. 437 ss.
- P. L. PETRILLO, *Audizioni informali sui disegni di legge in materia di lobbying. Senato della Repubblica. Commissione affari costituzionali*, in *www.senato.it*, 12 febbraio 2015.
- P. L. PETRILLO, *Democrazie sotto pressione. Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato*, Milano, 2011.
- M. PETRONE, *La nuova disciplina dei delitti degli agenti pubblici contro la P.A.: dalla prospettiva di riforma alla l. 86/1990*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 917 ss.
- E. PINCHERLI, *Il codice penale italiano annotato*, Torino, 1890.
- P. PISA, *Il "nuovo" delitto di traffico di influenze*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, Speciale corruzione, p. 33 ss.
- L. PISTORELLI, G. ANDREAZZA, *Una prima lettura della l. 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e della illegalità nella pubblica amministrazione)*, in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2012.
- D. PORENA, *Nuove norme in materia di riduzione dei contributi pubblici in favore dei partiti e dei movimenti politici: come cambia in Italia il sistema di finanziamento*

- pubblico alla politica alla luce delle disposizioni introdotte dalla legge 6 luglio 2012, n. 96, in www.federalismi.it, 23 gennaio 2013.*
- F. PRETE, *Prime riflessioni sul reato di traffico di influenze illecite (art. 346 bis c.p.)*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2012.
- D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2012, suppl. n. 11, p. 3 ss.
- R. RICCI, *Corruzione parlamentare*, in *Rass. Naz.*, 1899, vol. 106, p. 22 ss.
- A. ROCCO, *Relazione del Guardasigilli al libro II c.p.*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V.
- M.G. RODOMONTE, *Equilibrio di genere, atti politici e Stato di diritto nella recente sentenza n. 81 del 2012 sulla equilibrata presenza di donne e di uomini nella Giunta della regione Campania*, in www.federalismi.it, n. 13/2012.
- C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, München, 2006.
- M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione: i delitti dei privati, le qualifiche soggettive pubblicistiche*, IV ed., Milano, 2015.
- M. ROMANO, *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2013.
- M. ROMANO, *Legge anticorruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1397 ss.
- M. ROMANO, sub art. 3, in *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004.
- M. ROMANO, *Fatto di corruzione e atto discrezionale del pubblico ufficiale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 1314 ss.
- A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir. amm.*, fasc. III, 2008, p. 517 ss.
- M. RONCO, *Note per l'audizione avanti alle commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia del Senato della Repubblica*, in www.senato.it/documenti.
- G.M. SALERNO, *Sul potere discrezionale del Csm una giurisdizione circoscritta*, in *Guida al diritto*, 28 luglio 2007, n. 30, p. 81 ss.
- F. SALIGER, S. SINNER, *Korruption und Betrug durch Parteispenden*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 1073 ss.
- A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, 1989.
- A. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 737 ss.

- H. SATZGER, *Der reformierte § 108 e StGB – Bestechlichkeit und Bestechung von Abgeordneten nach neuem Recht*, in *Juristische Ausbildung*, 10/2014, p. 1022 ss.
- H. SATZGER, *Bestechungsdelikte und Sponsoring*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2003, Heft 3, p. 469 ss.
- E. SCAROINA, *Lobbying e rischio penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, fasc. 6, p. 811 ss.
- J. SCHLÖSSER, *Vorteilsgewährung bei “Sponsoring”*, in *Wistra*, 2009, Heft 4, p. 155 ss.
- F. G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1045 ss.
- M. SCOLETTA, *Il “votomercato” parlamentare: fuori i mercanti dal tempio?*, in www.ilricostituente.it, 14 febbraio 2010.
- A. SEGRETO, G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, III ed., Milano, 1999.
- P. SEMERARO, *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, Milano, 2000.
- S. SEMINARA, *I delitti di concussione, corruzione per l’esercizio della funzione e induzione indebita*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, fasc. 8, p. 15 ss.
- S. SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 10, p. 1235 ss.
- S: SEMINARA, sub *art. 319*, in A. CRESPI, G. FORTI, G. ZUCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, V ed., Padova, 2008, p. 779 ss.
- S: SEMINARA, sub *art. 357*, in A. CRESPI, G. FORTI, G. ZUCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, V ed., Padova, 2008, p. 860 ss.
- P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, fasc. 1, p. 7 ss.
- P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Commento all’art. 357*, in T. PADOVANI, (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, 1996, p. 448 ss.
- P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione: soggetti, qualifiche funzioni*, in A.M. STILE (a cura di), *La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1987, p. 29 ss.
- P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione. Le qualifiche soggettive*, Milano, 1983.
- C. SOWADA, sub *§ 331*, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, XII Auflage, Berlin, 2009, p. 39 ss.

- G. SPAGNOLO, *I reati di illegale finanziamento dei partiti politici*, Padova, 1990.
- A. SPENA, *Il "turpe mercato". Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003.
- L. STORTONI, *Corruzione*, in *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in AA.Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Milano, 2014, p. 97 ss.
- J. STÜNKER, *Strafbarkeit der Einflussnahme auf Volksvertreter*, in *Freiheit, Sicherheit und Recht, Festschrift für J. Meyer zum 70. Geburtstag*, Baden Baden, 2006, p. 589 ss.
- S. SÜBE, *Politik und öffentliche Verwaltung*, in T. ROTSCHE (Hrsg.), *Criminal Compliance*, I Auflage, Baden Baden, 2015, Rn. 3 ss.
- F. TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale*, Milano, 1973.
- A.L.M., TOSCANO, *Sulla revoca degli assessori comunali e provinciali*, in *Quad. reg.*, 2008, p. 9 ss.
- S. TRAVERSA, *Immunità parlamentare*, in *Enc. giur.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 178 ss.
- G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, fasc. 3, p. 329 ss.
- C. TUBERTINI, *Atti politici e di alta amministrazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. I, Milano, 2006, p. 516 ss.
- M. C. UBIALI, *I rapporti tra corruzione ex art. 319 c.p., traffico d'influenze illecite e millantato credito nella prima pronuncia della Cassazione sulla vicenda "Tempa rossa"*, in *Dir. pen. cont.*, 20 giugno 2016.
- M.C. UBIALI, *In tema di corruzione del parlamentare: la sentenza del Tribunale di Napoli sul leading-case Berlusconi-De Gregorio*, 19 maggio 2016.
- V. VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale*, in *Dir. pen. cont.*, 7 febbraio 2013.
- A. VALLINI, *Le qualifiche soggettive*, in F. PALAZZO (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2011, p. 729 ss.
- A. VAN AAKEN, *Genügt das deutsche Recht den Anforderungen der VU-Konvention gegen Korruption? Eine rechtsvergleichende Studie zur politischen Korruption unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Deutschland*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2005, p. 407 ss.

- G. VASSALLI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Studi in onore di G. Musotto*, vol. V, Palermo, 1981, p. 187 ss.
- G. VASSALLI, *Punti interrogativi sulla estensione della irresponsabilità dei membri del Parlamento*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, tomo IV, Milano, 1974, p. 4279 ss.
- G. VASSALLI, *Comunicazione del presidente della Giunta per le autorizzazioni a procedere. Domanda di autorizzazione a procedere in giudizio contro il deputato Felici*, V legislatura, Doc. IV n. 136 B, 24 marzo 1971, in www.storia.camera.it.
- F. VIGANÒ, *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare. Relazione al congresso italo-spagnolo svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 4 ss.
- F. VIGANÒ, *La riforma dei delitti di corruzione*, in *Il libro dell'anno del diritto Treccani*, 2013, p. 153 ss.
- L. VIGNALE, *Corruzione propria e corruzione impropria per il compimento di un atto discrezionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 498 ss.
- S. VINCIGUERRA, *Il codice penale tedesco*, II ed., Padova, 2003.
- P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1968.
- H. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 58, 1939, p. 35 ss.
- H. WILLEMS, *Die Neuregelung der Abgeordnetenbestechung und ihre Auswirkungen auf die Praxis*, in *Corporate Compliance Zeitschrift*, 2015, p. 29 ss.
- G. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari. Natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Torino, 1979.
- N. ZANON, *Parlamentare (status di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, tomo X, Torino, 1995, p. 616 ss.
- N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'art. 67 della Costituzione*, Milano, 1991.
- M. ZÖLLER, *Korruptionsstrafbarkeit durch Wahlkampfspenden – Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 28.8.2007*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2008, p. 151 ss.